

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/146424>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.



AFWIKKELING VAN DE
FAILLISSEMENTSBOEDEL

Mr. G.A.J. Boekraad

AFWIKKELING VAN DE FAILLISSEMENTSBOEDEL

AFWIKKELING VAN DE FAILLISSEMENTSBOEDEL

**EEN WETENSCHAPPELIJKE PROEVE OP HET GEBIED VAN DE
RECHTSGELEERDHEID**

PROEFSCHRIFT

**TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE KATHOLIEKE UNIVERSITEIT NIJMEGEN,
VOLGENS BESLUIT VAN HET COLLEGE VAN DECANEN IN HET
OPENBAAR TE VERDEDIGEN OP VRIJDAG 5 SEPTEMBER 1997
DES NAMIDDAGS OM 3.30 UUR PRECIES**

DOOR

GERARDUS ADRIANUS JOHANNES BOEKRAAD

**geboren op 18 december 1969
te Linschoten**

PROMOTOR: PROF.MR. S.C.J.J. KORTMANN

Manuscriptcommissie:

Prof.Mr. P. van Schilfgaarde (UU)

Prof.Mr. W.D.H. Asser (KUN)

Van dit proefschrift is tevens een handelseditie verschenen bij W.E.J. Tjeenk Willink Deventer onder ISBN 90 271 4751 5.

W.E.J. Tjeenk Willink is een imprint van Kluwer Juridische Uitgevers te Deventer

Deze uitgave is gedrukt op chloorvrij papier

Willy Cremers, grafisch ontwerp

© 1997, G.A.J. Boekraad, Utrecht

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotocopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Uitgever W.E.J. Tjeenk Willink.

Voor zover het maken van copieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

WOORD VOORAF

Bij het schrijven van dit proefschrift heb ik van velen steun ondervonden. Enkele personen wil ik met naam noemen.

Veel dank ben ik verschuldigd aan Jako van Hees, die zich vanaf het begin betrokken toonde bij mijn onderzoek en bij wie ik altijd terecht kon voor discussie en feed-back. Hoewel het volgens de Nijmeegse richtlijnen met betrekking tot de promotie geen pas geeft om in het voorbericht bijzondere woorden van dank te richten aan de promotor, wil ik niet nalaten te vermelden dat ik de motiverende en inspirerende begeleiding van Prof.Mr. S.C.J.J. Kortmann als onontbeerlijk heb ervaren.

Dankbaar ben ik ook mijn huidige werkgever Stibbe Simont Monahan Duhot, in het bijzonder mijn directe collega's van de Unit Algemene Praktijk, voor de gelegenheid die zij mij hebben geboden om dit proefschrift te voltooien. Peter Kruyswijk dank ik voor zijn redactionele ondersteuning. Met de vaardigheid die inmiddels van haar bekend is, heeft Gonnie Jakobs dit boek van een mooie lay-out voorzien.

Marianne wil ik danken voor haar toewijding tijdens mijn onderzoek; haar steun is voor mij onmisbaar geweest.

Utrecht, juni 1997

Voor mijn ouders

INHOUDSOPGAVE

Lijst van afkortingen	XI
Inleiding	1
Hoofdstuk 1 Drie soorten schulden in faillissement	5
1.1 Uitgangspunt: paritas creditorum	5
1.2 Faillissementsschulden, niet-verifieerbare schulden en boedelschulden	7
1.3 Probleemstelling en plan van behandeling	9
1.4 Rechtvaardiging voor de achtergestelde verhaalspositie van schuldeisers van niet-verifieerbare vorderingen	13
1.4.1 Fixatiebeginsel	13
1.4.2 Jurisprudentiële ontstaanscriteria voor vorderingen	15
1.4.3 Uitzonderingen op het fixatiebeginsel	17
1.4.4 Het faillissementsbeslag vergeleken met een individueel beslag	22
1.5 Rechtvaardiging voor de bevoorrechte verhaalspositie van boedelschuldeisers	30
1.5.1 Inleiding	30
1.5.2 Boedelschulden als kosten van executie en vereffening	31
1.5.3 Boedelschulden als passiva van een afgescheiden vermogen	35
1.5.4 Verband tussen beide benaderingen	48
1.6 Tussenbalans	48
1.7 Criteria voor de afbakening van de drie soorten schulden in faillissement	49
1.8 De afbakeningscriteria toegepast op enkele na de failliet-verklaring ontstane schulden	57
1.8.1 Huurpenningen en loon- en premieverplichtingen	57
1.8.2 Andere periodieke betalingsverplichtingen	63
1.8.3 Van der Kooi/De Kort q.q.; afvloeiingsregeling	66
1.8.4 De Ranitz q.q./Ontvanger; des-WIR	70
1.8.5 Frima q.q./Blankers; affinancieringsverplichting	73

Hoofdstuk 2	Verschillende soorten boedelschulden	83
2.1	Inleiding	83
2.2	Algemene versus bijzondere faillissementskosten	84
2.2.1	Plan van behandeling	84
2.2.2	Heersende opvatting	85
2.2.3	Afbakeningsprobleem	86
2.2.4	Grondslag voor het onderscheid	89
2.2.5	Eigen opvatting	96
2.2.6	Consequenties van mijn opvatting	100
2.2.7	Relevantie in geval van een negatieve boedel	102
2.2.8	Conclusie	103
2.3	Algemene faillissementskosten versus overige boedel-schulden	104
2.3.1	Enge versus ruime leer van de algemene faillisse-mentskosten	104
2.3.2	Overige boedelschulden volgens de enge leer	105
2.3.3	Relevantie van het onderscheid	106
2.3.4	Verwerping van de enge leer	111
2.3.5	Consequenties voor enkele bijzonder bevoorrechte schuldeisers	119
2.3.5.1	Inleiding	119
2.3.5.2	De fiscus met het bodemvoorrecht	120
2.3.5.3	De schuldeiser met het voorrecht van art. 3:287 BW	123
2.3.5.4	De retentor	123
Hoofdstuk 3	Het systeem van de omslag van de algemene faillissementskosten	125
3.1	Probleemstelling: omslag over de uitkeringen of over de baten?	125
3.2	De omslag moet plaatsvinden over de baten	130
3.3	De omslag over de baten nader bezien	134
3.4	Is het systeem van de omslag over de baten onbillijk?	140

Hoofdstuk 4	Goederenrechtelijk gerechtigden die buiten de omslag blijven	145
4.1	Separatisten	145
4.1.1	De pand- en hypotheekhouder	145
4.1.2	Onderhandse verkoop door de curator	147
4.1.3	De retentor	159
4.2	Beperkt gerechtigden	161
4.3	Zekerheidseigenaars	165
4.4	Omslag over art. 57 lid 3 Fw-gelden	168
Hoofdstuk 5	De afwikkeling van een negatieve boedel	181
5.1	Inleiding	181
5.2	Kosten van executie en vereffening bij een negatieve boedel	186
5.2.1	Een andere benadering dan bij een positieve boedel	186
5.2.2	Eigenlijke executiekosten	188
5.2.3	Vereffeningskosten	189
5.2.3.1	Niet alle algemene faillissementskosten	189
5.2.3.2	Salaris en verschotten van de curator	193
5.2.3.3	Overige vereffeningskosten: alle boedel-schulden, ontstaan na het constateren van een negatieve boedel?	195
5.3	Grondslagen voor betaling van boedelschulden buiten de wettelijke rangregeling om	198
5.3.1	Volgorde volgens de wettelijke rangregeling	198
5.3.2	Eigenlijke boedelschulden versus oneigenlijke boedelschulden	199
5.3.3	Ongerechtvaardigde verrijking	203
5.3.4	Feitelijke voorrang	206
5.3.4.1	Drie arresten van de Hoge Raad	206
5.3.4.2	Betaling door de curator vooraf	212
5.3.4.3	Kan de curator betaling bij voorrang garanderen?	218
5.3.5	Onverschuldigde betaling	223
5.4	Resumé: overzicht van de rangorde van boedelschulden	229

Hoofdstuk 6	Enige fiscale vraagstukken bij de verdeling van boedelactief	233
6.1	Het bodemvoorrecht van de fiscus bij de verdeling van boedelactief	233
6.1.1	Het fiscale voorrecht, bodemrecht en bodemvoorrecht	233
6.1.2	Omvang fiscale vordering nog niet bekend; hoe te handelen?	238
6.1.3	Problematiek van de uitwinningsvolgorde	241
6.1.4	Het bodemvoorrecht en fiscale boedelvorderingen	249
6.2	Omzetbelastingperikelen bij de verdeling van boedelactief	253
6.2.1	Inleiding	253
6.2.2	Is een art. 29 lid 2 Wet OB-schuld aan te merken als een boedelschuld?	254
6.2.3	Omzetbelastingperikelen bij uitkeringen aan concurrente faillissementsschuldeisers	255
6.2.4	Omzetbelastingperikelen bij een negatieve boedel: vaststelling van het salaris van de curator	258
	Samenvatting en conclusies	265
	Zusammenfassung und Ergebnisse	279
	Lijst van verkort aangehaalde literatuur	295
	Lijst van overige aangehaalde literatuur	301
	Jurisprudentieregister	309
	Wetsartikelenregister	315

LIJST VAN AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
Adv.bl.	Advocatenblad
A-G	Advocaat-Generaal
alg.	algemene
art(t).	artikel(en)
a.w.	(het) aangehaalde werk
AWDA	Algemene wet inzake de douane en de accijnzen
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
blz.	bladzijde(n)
B.V.	besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
diss.	dissertatie
DW	Douanewet
e.a.	en andere(n)
e.a.w.	en aanverwante wetten
EK	Eerste Kamer
etc.	et cetera
e.v.	en volgende
Fw	Faillissementswet
GAK	Gemeenschappelijk Administratiekantoor
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
IB	Wet op de inkomstenbelasting
INSOLAD	Vereniging Insolventierecht Advocaten
Inv.	Invoeringswet
Iw	Invorderingswet 1990
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KG	Kort Geding
Ktg.	Kantongerecht
Leidraad Inv.	Leidraad Invordering 1990
m.nt.	met noot (van)
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting

NbBW	Nieuwsbrief BW
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
Nota n.a.v. EV II	Nota naar aanleiding van het Eindverslag van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
nr(s).	nummer(s)
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
N.V.	naamloze vennootschap
(o)	ontwerp van wet
OB	omzetbelasting
Parl. Gesch.	Parlementaire Geschiedenis
Pres. Rb.	President van de Rechtbank
PSW	Pensioen- en spaarfondsenwet
q.q.	qualitate qua
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
Regelen PSW	Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet
resp.	respectievelijk
R.M.	Rechtsgeleerd Magazijn
R.M. Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging
RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatcourant
TK	Tweede Kamer
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen
Uitv. Besch. OB	Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968
vgl.	vergelijk
V-N	Vakstudie Nieuws
V&O	Vennootschap & Onderneming
VV	Voorlopig Verslag
VV II	Voorlopig Verslag van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

W.	Weekblad van het Recht
WD	Wet inzake de douane
Wet OB	Wet op de omzetbelasting 1968
WIR	Wet investeringsrekening
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WvK	Wetboek van Koophandel
WW	Werkloosheidswet

Introductie en verantwoording van het onderwerp

Onder de titel "Afwikkeling van de faillissementsboedel" wordt in dit boek een verzameling van problemen besproken, met als gemeenschappelijke factor dat zij alle betrekking hebben op de laatste fase van een faillissement. Dat is de fase waarin het gerealiseerde boedelactief moet worden verdeeld onder de daarvoor in aanmerking komende schuldeisers. De curator die met deze taak is belast, stuit daarbij op vele vragen die in de Faillissementswet niet zelden onbeantwoord blijven. Deels is dat te wijten aan het feit dat deze wet ruim een eeuw oud is. Hoewel zij de tand des tijds over het algemeen redelijk goed heeft doorstaan, is zij op enkele onderdelen achterhaald door maatschappelijke ontwikkelingen, die met name de laatste decennia in een stroomversnelling zijn gekomen¹.

Zo is het systeem van de Faillissementswet primair gericht op vereffening door middel van verificatie van vorderingen, hetgeen zou moeten leiden tot een akkoord of tot een uitdeling. In de Faillissementswet worden daaraan maar liefst drie afdelingen besteed (afdelingen vijf, zes en zeven). Faillissementen, waarin de artikelen uit deze afdelingen kunnen worden toegepast, zijn tegenwoordig eerder uitzondering dan regel. Ongeveer negen van de tien faillissementen eindigen door (eigenlijke of oneigenlijke) opheffing, terwijl daaraan in de Faillissementswet slechts één bepaling is gewijd (art. 16). Een ander aspect dat in de Faillissementswet onderbelicht blijft, is het onderscheid dat moet worden gemaakt tussen faillissementsschulden, niet-verifieerbare schulden en boedelschulden.

Het ontbreken van heldere voorschriften in de Faillissementswet heeft geleid tot rechtsonzekerheid bij de faillissementsafwikkeling. Curatoren en in hun kielzog de rechterlijke macht zien zich daardoor genooddaakt ad hoc naar oplossingen te zoeken. Deze handelwijze komt een uniforme afwikkeling van faillissementen niet ten goede. Vanuit de praktijk is dan ook de vraag ontstaan om een aantal afwikkelingsproblemen te bestuderen en

1 Zie hierover het themanummer van het TvI 1996/5 onder de titel "Honderd jaar Faillissementswet".

daarbij tot aanbevelingen te komen voor een uniforme afwikkeling. Met deze taak is de werkgroep 'Faillissementskosten' belast. Deze werkgroep, waaraan ik als secretaris en rapporteur ben verbonden, is een samenwerkingsverband van de Vereniging Insolventierecht Advocaten (INSOLAD) en het Nijmeegse Instituut voor Insolventierecht. Nadat zij in oktober 1995 haar voorlopige conclusies aan de leden van INSOLAD had voorgelegd, bleek er behoefte te bestaan aan een uitgebreidere studie. Dit proefschrift is daarvan het resultaat.

Wijze van onderzoek

Voor de behandelde problemen heb ik getracht oplossingen te vinden binnen het systeem van de huidige wetgeving. Dit is grotendeels mogelijk gebleken door bij de interpretatie van de bijzondere regeling in de Faillissementswet, aansluiting te zoeken bij de algemene regels van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Om die reden is het niet nodig gebleken een aanbeveling te doen voor herziening van de Faillissementswet². Slechts op een enkel onderdeel heb ik een suggestie gedaan voor aanpassing van de bestaande wetgeving. Het onderzoek heeft zich beperkt tot een bestudering van het Nederlandse recht.

De afwikkeling van de faillissementsboedel is geen 'studeerkamer-onderwerp' bij uitstek. Voor deze studie was enig inzicht in de praktijk onontbeerlijk. Dit gold zowel voor het signaleren van problemen als voor het toetsen van mogelijke oplossingen. Daarom heb ik niet volstaan met bestudering van literatuur en jurisprudentie, maar heb ik tevens gebruik gemaakt van de vraaggesprekken die ik als secretaris van de werkgroep 'Faillissementskosten' heb gehouden met curatoren, Rechters-Commissarissen en vertegenwoordigers van instellingen die bij de meeste faillissementen een rol spelen: de fiscus, bedrijfsverenigingen en banken. De resultaten van deze vraaggesprekken vindt men niet rechtstreeks in dit boek terug, maar zij hebben hun weerslag gevonden in de gemaakte afwegingen.

2 Waarmee niet is gezegd dat een algehele herziening van de Faillissementswet niet wenselijk zou kunnen zijn. Met belangstelling zal ik dan ook het debat volgen dat onlangs door R.D. Vriesendorp in gang is gezet met zijn artikel 'Wetgever: hoogste tijd voor een Insolventiewet!', *TvI* 1997/3, blz. 63-68.

Bij de behandeling van afwikkelingsproblemen in faillissement kan niet worden ontkomen aan enig rekenwerk. Waar mogelijk heb ik mijn bevindingen toegelicht aan de hand van (eenvoudige) rekenvoorbeelden.

Plan van behandeling

Rond de afwikkeling van de faillissementsboedel spelen talloze problemen. Zij kunnen onmogelijk allemaal in één handzaam boek uitvoerig worden besproken. Ik heb daarom niet gestreefd naar volledigheid, maar mij beperkt tot een aantal, mijns inziens fundamentele problemen. Aan iedere probleemstelling is een apart hoofdstuk gewijd.

In hoofdstuk 1 worden drie soorten schulden in faillissement onderscheiden: faillissementsschulden, niet-verifieerbare schulden en boedelschulden. Dit onderscheid is van belang voor de vraag of, en zo ja, in welke volgorde schuldvorderingen uit het failliete vermogen moeten worden voldaan. Boedelschulden worden onmiddellijk en als eerste voldaan, waarna het eventuele restant wordt aangewend om de geverifieerde schulden (faillissementsschulden) naar onderlinge rangorde te voldoen. Niet-verifieerbare schulden worden niet uit het failliete vermogen voldaan. Uitgebreid wordt ingegaan op de redenen die aan het voormelde onderscheid ten grondslag liggen. Vervolgens worden criteria geformuleerd aan de hand waarvan, in een concreet geval, kan worden vastgesteld tot welke categorie een bepaalde schuld moet worden gerekend.

In de hoofdstukken 2 tot en met 5 staan voornamelijk de boedelschulden centraal. Om te beginnen wordt in hoofdstuk 2 het onderscheid beschreven dat binnen de groep boedelschulden moet worden gemaakt tussen algemene faillissementskosten en bijzondere faillissementskosten. Dit onderscheid is van belang voor de vraag, uit welke boedelactiva de boedelschulden vooraf moeten worden voldaan. Algemene faillissementskosten worden op de voet van art. 182 Fw omgeslagen over ieder deel van de boedel. De bijzondere faillissementskosten worden ten laste gebracht van de baten waarop ze specifiek betrekking hebben. Onderzocht wordt wat het onderscheidende criterium is.

In hoofdstuk 3 wordt art. 182 Fw besproken, waarin wordt voorgeschreven dat de algemene faillissementskosten worden omgeslagen over ieder deel

van de boedel. Ik licht toe welk systeem van omslag hiermee wordt bedoeld en wat de consequenties daarvan zijn.

In hoofdstuk 4 komen de schuldeisers aan de orde die buiten de omslag van de algemene faillissementskosten blijven: separatisten en andere goederenrechtelijk gerechtigden. Bijzondere aandacht wordt besteed aan de onderhandse verkoop van een verhypothekerde zaak door de curator. Tevens wordt toegelicht op welke wijze de omslag moet plaatsvinden over gelden die de curator op de voet van art. 57 lid 3 Fw heeft geïncasseerd, ten behoeve van schuldeisers met een hoger voorrecht dan een executerende separatist.

In hoofdstuk 5 staat de afwikkeling van een negatieve boedel centraal. Van een negatieve boedel is sprake, wanneer het boedelactief zelfs niet toereikend is om alle boedelschulden geheel te voldoen. In dat geval rijst de vraag, in welke volgorde de boedelschulden uit het ontoereikende actief moeten worden voldaan.

Tenslotte worden in hoofdstuk 6 enige fiscale vraagstukken behandeld die spelen bij de verdeling van boedelactief. Aandacht wordt besteed aan het fiscale bodemvoorrecht en aan omzetbelasting-perikelen.

In de samenvatting en conclusies worden de belangrijkste bevindingen nog eens beknopt herhaald.

Het onderzoek is afgesloten op 1 april 1997. Nadien verschenen literatuur en rechtspraak zijn slechts bij uitzondering verwerkt.

DRIE SOORTEN SCHULDEN IN FAILLISSEMENT

1.1 Uitgangspunt: *paritas creditorum*

De gelijkheid van schuldeisers (*paritas creditorum*) is een fundamenteel beginsel van het verhaalsrecht in het algemeen en van het faillissementsrecht in het bijzonder. Doorgaans wordt dit beginsel slechts besloten geacht in art. 3:277 lid 1 BW. In deze bepaling is vastgelegd dat schuldeisers onderling gelijkgerechtigd zijn om naar evenredigheid van ieders vordering uit de netto-opbrengst van de goederen van de schuldenaar te worden voldaan, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang. Dit is echter slechts één aspect van het gelijkheidsbeginsel, dat specifiek betrekking heeft op de onderlinge rechtsverhouding tussen schuldeisers bij de verdeling van een opbrengst. Het zegt nog niets over de vraag, welke schuldeisers bij die verdeling in aanmerking moeten worden genomen. Deze vraag heeft betrekking op de onderlinge rechtsverhouding tussen de schuldeisers ten aanzien van de mogelijkheid om verhaal uit te oefenen. Volgt uit ons verhaalsrecht dat schuldeisers ook in dat opzicht een gelijke positie ten opzichte van elkaar innemen? Hoewel de wet zich daarover niet expliciet uitspreekt, zou ik menen van wel. Welke waarde zou immers kunnen worden toegekend aan de regel, dat schuldeisers bij de verdeling van een opbrengst in beginsel gelijkwaardig zijn, wanneer zij onderling niet gelijke rechten zouden hebben om bij die verdeling in aanmerking te worden genomen? In dit verband kan ook worden gewezen op art. 3:276 BW¹, waarin het uitgangspunt is vastgelegd dat een schuldeiser zijn vordering kan verhalen op alle goederen van zijn schuldenaar. Deze bepaling zegt verder niets over de onderlinge rechtsverhouding die de schuldeisers daarbij innemen. Daaruit, alsmede uit het feit dat de bepaling neutraal spreekt van 'een schuldeiser', zou impliciet kunnen worden afgeleid dat schuldeisers ook in dat opzicht gelijkgerechtigd zijn².

1 Zie ook art. 435 lid 1 Rv.

2 Zo ook Van der Kwaak, diss. blz. 100.

Ik zou derhalve willen aannemen dat het gelijkheidsbeginsel twee aspecten omvat, die onderling nauw met elkaar verbonden zijn. Ten eerste is er het *verhaalsaspect*, dat als volgt zou kunnen worden geformuleerd: schuldeisers hebben onderling een gelijk recht om verhaal uit te oefenen op de goederen van hun schuldenaar. Daarnaast is er het bekende *verdelingsaspect*, dat expliciet is vastgelegd in art. 3:277 lid 1 BW: wanneer schuldeisers tegelijkertijd op dezelfde vermogensbestanddelen hun verhaalsrechten uitoefenen, worden zij bij de verdeling van de netto-opbrengst naar evenredigheid van ieders vordering voldaan, behoudens de wettelijke redenen van voorrang. Het onderlinge verband tussen beide aspecten van het gelijkheidsbeginsel komt hierin tot uitdrukking, dat een uitzondering op het verhaalsaspect indirect afbreuk doet aan het verdelingsaspect.

Het faillissement kan worden beschouwd als een toepassing en uitwerking van beide aspecten van het gelijkheidsbeginsel. Wanneer een schuldenaar in de toestand verkeert dat zijn totale actieve vermogen niet meer toereikend is om al zijn schuldeisers te betalen, komt in eerste instantie het verhaalsaspect van het gelijkheidsbeginsel onder hoogspanning te staan. Zonder de mogelijkheid van een faillissementsuitspraak zouden schuldeisers zich haasten beslag te leggen en te executeren, waardoor voor anderen wellicht onvoldoende verhaalsmogelijkheden zouden resterende. Tevens zou het risico bestaan dat de schuldenaar de ene schuldeiser boven de andere zou bevoordelen. Het faillissement dient om een dergelijke ongeordende concursus te voorkomen. In de Memorie van Toelichting op het ontwerp van de Faillissementswet beschreef de Regering de causa van het faillissement als volgt:

"Juist de samenloop van executeerende of tot executie gerechtigde schuldeischers, het dringen en jagen om betaling te erlangen, de wedloop om iets van des schuldenaars vermogen machtig te worden, de conflicten die daarvan het gevolg zijn, het gevaar voor de niet even vervolgingszuchtige schuldeischers om geheel achter het net te vissen, zijn de omstandigheden die de instelling van het faillissement, de onpartijdige gerechtelijke inbeslagneming en verdeeling van het vermogen des schuldenaars onder *al zijne schuldeischers* noodzakelijk maken en motiveeren (cursivering GAJB)."³

Door de faillietverklaring nemen alle individuele beslag- en executiehandelingen van rechtswege een einde (art. 33 Fw). Op (nagenoeg) het gehele

3 Van der Feltz, I, blz. 49.

actieve vermogen van de schuldenaar, alsmede op hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft, komt van rechtswege een algemeen beslag te rusten (artt. 20 en 21 Fw). In tegenstelling tot een individueel beslag, dat slechts strekt ten behoeve van de schuldeiser die beslag heeft gelegd, strekt het faillissementsbeslag *ten behoeve van alle schuldeisers*. Dat is het uitgangspunt waarin het verhaalsaspect - en in het verlengde daarvan ook het verdelingsaspect - van het gelijkheidsbeginsel ten volle tot uitdrukking komt. Dit wordt gerealiseerd door de regel, dat schuldeisers in faillissement hun verhaalsrechten in beginsel slechts kunnen uitoefenen door hun vorderingen bij de curator ter verificatie in te dienen (art. 26 Fw), waarna zij via de uitdelingslijst eventueel een uitkering tegemoet kunnen zien⁴.

1.2 Faillissementsschulden, niet-verifieerbare schulden en boedel-schulden

Op de laatstgenoemde regel gelden twee belangrijke uitzonderingen. De eerste uitzondering is een uitwerking van het zogenaamde fixatiebeginsel. Dit beginsel houdt onder meer in, dat door de faillietverklaring als het ware een grens wordt getrokken, waarmee de groep van de op dat moment bestaande schuldeisers wordt gefixeerd. Deze gefixeerde schulden zijn de *faillissementsschulden*⁵. Vanuit de optiek van de schuldeisers, die men faillissementsschuldeisers noemt, wordt gesproken van faillissementsvorderingen⁶. Alleen deze vorderingen kunnen bij de curator ter verificatie worden ingediend en zo mogelijk via de uitdelingslijst (gedeeltelijk) worden vol-

4 Een specifieke uitzondering op de regel dat schuldeisers hun vorderingen ter verificatie moeten indienen, geldt voor de invordering van (onder meer) Rijksbelastingen op grond van art. 19 lid 2 Iw. De Leidraad Inv. schrijft in art. 19, paragraaf 2, onder 3 echter voor, dat de Ontvanger zijn vordering mede ter verificatie moet aanmelden, hetgeen in de praktijk ook gebeurt.

5 Het begrip 'faillissementsschulden' moet men niet verwarren met de 'faillissementskosten'. Deze laatste term is een synoniem voor de hierna te bespreken categorie 'boedelschulden' die, zoals in hoofdstuk 2 zal worden toegelicht, wordt gevormd door de algemene faillissementskosten en de bijzondere faillissementskosten.

6 In plaats van de begrippen 'faillissementsschulden/vorderingen' en 'faillissementsschuldeisers' worden ook wel de termen 'pre-faillissementsschulden/vorderingen' en 'pre-faillissementsschuldeisers' gebruikt. Ik prefereer de eerstgenoemde terminologie, omdat het voorvoegsel 'pre' veronderstelt dat de betreffende schuld altijd vóór de faillietverklaring is ontstaan. Dit laatste hoeft, zo zal hierna nog blijken, niet altijd het geval te zijn.

daan. De faillissementsschulden zijn dus te onderscheiden van de schuldvorderingen die pas na de faillietverklaring ontstaan en waarvoor blijkens het genoemde fixatiebeginsel geen verhaal mogelijk is op het failliete vermogen⁷. Deze schuldvorderingen kunnen niet ter verificatie worden ingediend. Zij worden daarom niet-verifieerbare vorderingen of, vanuit de optiek van de schuldenaar, *niet-verifieerbare schulden* genoemd. De verhaalspositie van schuldeisers van niet-verifieerbare vorderingen vormt een negatieve uitzondering op het verhaalsaspect van het gelijkheidsbeginsel: deze schuldeisers zijn in hun verhaalsmogelijkheden achtergesteld bij de faillissementsschuldeisers.

Echter, niet voor alle na de faillietverklaring ontstane schuldvorderingen is verhaal op de boedel uitgesloten. Naast de faillissementsschulden en de niet-verifieerbare schulden is er namelijk nog een derde categorie schulden te onderscheiden: de *boedelschulden*, of, vanuit de optiek van de boedel-schuldeisers, boedelvorderingen. Van boedelschulden kan vooralsnog globaal worden gesteld dat zij na de faillietverklaring zijn ontstaan tengevolge van de afwikkeling van het faillissement. Men denke bijvoorbeeld aan de publicatiekosten, het salaris en de verschotten van de curator (art. 71 Fw) en de uitkering die de gefailleerde krachtens art. 100 Fw geniet ter voorziening in zijn levensonderhoud. Voorts kan worden gedacht aan de schulden die door de curator zijn veroorzaakt. In verband met de prestaties en diensten die bij de afwikkeling van het faillissement onmisbaar zijn, zal de curator vaak overeenkomsten moeten aangaan waaruit verplichtingen voor de boedel ontstaan. Hij kan bijvoorbeeld gebruik maken van de diensten van een taxateur, een makelaar of een accountant. Door het optreden van de curator kunnen ook uit de wet verplichtingen ontstaan die de boedel bezwaren. Een voorbeeld daarvan vormen de fiscale schulden die ontstaan door vervreemding van goederen door de curator (omzetbelasting), of tengevolge van een eventuele voortzetting van een failliete onderneming.

7 Onduidelijk is of voor dergelijke schuldvorderingen wél verhaal mogelijk is op de vermogensbestanddelen van de schuldenaar die krachtens art. 21 Fw niet onder het faillissementsbeslag vallen. In zijn arrest van 29 juni 1950, NJ 1951, 28 meende het Hof Amsterdam dat dit niet uitgesloten moet worden geacht. De relevantie van de bovengestelde vraag is overigens beperkt. Zij speelt slechts voor zover de buiten het faillissement vallende vermogensbestanddelen vatbaar zijn voor een individueel beslag.

Hoewel de wet op diverse plaatsen spreekt van boedelschulden, omschrijft zij dit begrip nergens nader. Bij de totstandkoming van de Faillissementswet merkte de Raad van State reeds op dat de uitdrukking 'boedelschuld' niet geheel vrij is van dubbelzinnigheid. In een poging het begrip nader te omschrijven, meende het adviesorgaan dat het moest worden opgevat in de zin van:

"(...) schuld, die ten laste komt des boedels, zonder dat verificatie noodig is, en die, evenals de faillissementskosten, waarmede zij op eene lijn staat, bevoorrecht is boven alle schuldvorderingen tegen den gefailleerde."⁸

In haar rapport aan de Koningin-Regentes antwoordde de Regering dat deze uitleg juist was. Zij verwees daarbij naar de Memorie van Toelichting op de artt. 25-30 Fw:

"Boedelschuld (...) staat tegenover schuld des gefailleerden. Boedelschulden zijn die schulden, welke eene onmiddellijke aanspraak op den boedel geven, welke, als komende ten laste van den curator in zijne qualiteit, door deze onmiddellijk uit den boedel moeten worden voldaan, zonder dat daarvoor verificatie noodig is."⁹

Uit deze omschrijvingen blijkt dat de boedelschuldeisers een bijzondere verhaalspositie innemen. Zij behoeven hun vorderingen niet ter verificatie in te dienen, maar hebben een onmiddellijke aanspraak op de boedel. Dat betekent dat de faillissementsschuldeisers hun verhaalsrechten op de boedel pas kunnen realiseren nadat alle boedelschuldeisers volledig zijn voldaan. Daarmee vormt de verhaalspositie van de boedelschuldeisers een positieve uitzondering op het verhaalsaspect van het gelijkheidsbeginsel. Deze schuldeisers zijn in hun verhaalsmogelijkheden bevoorrecht boven de faillissementsschuldeisers.

1.3 Probleemstelling en plan van behandeling

Resumerend zijn er in faillissement drie soorten schulden te onderscheiden: faillissementsschulden, niet-verifieerbare schulden en boedelschulden. In het voorafgaande is kort weergegeven welke verschillen tussen deze schuldsoorten bestaan voor wat betreft de wijze waarop verhaal op de

8 Van der Feltz, I, blz. 385.

9 Van der Feltz, I, blz. 384.

boedel mogelijk is. Kort gezegd komt het erop neer dat uit het boedelactief allereerst de boedelschulden worden voldaan, waarna een eventueel restant via de uitdelingslijst wordt verdeeld onder de faillissementsschuldeisers, terwijl de niet-verifieerbare schulden niet uit het boedelactief worden voldaan. Het is dus van groot belang om te kunnen vaststellen tot welke categorie een bepaalde schuldvordering behoort. Vreemd genoeg heeft de wetgever daarvoor geen algemene regels geformuleerd.

De Faillissementswet bepaalt slechts ten aanzien van enkele specifieke soorten schulden expliciet dat het boedelschulden zijn (artt. 39 lid 1 en 40 lid 4: huur, pacht, loon- en premieverplichtingen vanaf de dag der faillietverklaring) of dat het juist geen boedelschulden zijn (art. 28 lid 3¹⁰). Uit sommige bepalingen is het karakter van boedelschuld impliciet af te leiden: men vergelijkte onder andere de artt. 24, 51 lid 3, 71 en 100 Fw. Even willekeurig, zo lijkt op het eerste gezicht, worden sommige schulden in de Faillissementswet aangemerkt als faillissementsschulden (artt. 37a en 136 lid 2) of als niet-verifieerbare schulden (art. 128 en impliciet art. 24). Ook in de rechtspraak en doctrine zijn bepaalde schulden ad hoc als boedelschulden, faillissementsschulden of niet-verifieerbare schulden aangemerkt. Daarbij worden echter niet altijd duidelijke en hanteerbare criteria gebruikt¹¹. In dit hoofdstuk zal ik daarom op zoek gaan naar algemeen hanteerbare criteria om de drie soorten schulden in faillissement af te bakenen¹².

10 Art. 28 Fw regelt het geval waarin een *tegen* de gefailleerde ingestelde rechtsvordering, die niet louter voldoening van een prestatie uit de boedel als onderwerp heeft, maar waarbij de boedel wel rechtstreeks is betrokken, ten tijde van de faillietverklaring nog aanhangig is. In dat geval kan de wederpartij de curator tot overneming van het geding oproepen. Wanneer de curator dadelijk met de eis instemt, bepaalt het derde lid van art. 28 Fw dat de proceskosten van de wederpartij geen boedelschuld opleveren. A contrario volgt daaruit dat, wanneer de curator verweer voert en hij de procedure verliest, de proceskosten van de wederpartij wél als boedelschuld moeten worden voldaan. Dat laatste geldt overigens alleen voor de proceskosten van de wederpartij die na de faillietverklaring zijn ontstaan. Dergelijke proceskosten leveren evenzeer een boedelschuld op, wanneer de curator geen gevolg heeft gegeven aan de oproep van de wederpartij om in het geding te verschijnen. Zulks volgt uit art. 28 lid 4 Fw. Zie voor een analoge toepassing van art. 28 lid 4 Fw in een situatie waarin de aanhangige rechtsverhouding in eerste aanleg *door* de gefailleerde was ingesteld: HR 26 april 1996, NJ 1996, 609; JOR 1996/59 m.nt. G.A.J. Boekraad; TVVS 1996/8, blz. 232-233 m.nt. H.P.J.O.

11 In de paragrafen 1.8.3 e.v. kom ik hier nog op terug.

12 Dezelfde zoektocht is ondernomen door Van Galen, WPNR 1996, blz. 393-397 en blz. 413-417.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het ontstaansmoment van schulden een belangrijke rol speelt bij deze problematiek. De schuldvorderingen die reeds bestaan ten tijde van de faillietverklaring leveren doorgaans geen problemen op. Dergelijke schuldvorderingen zijn in beginsel faillissementsschulden¹³. Moeilijker ligt het ten aanzien van de schulden die pas na de faillietverklaring zijn ontstaan. Op grond van het voorgaande zou men als regel kunnen stellen, dat dergelijke schulden moeten worden aangemerkt als niet-verifieerbare schulden of, wanneer zij met de afwikkeling van het faillissement samenhangen, als boedelschulden. Met de toepassing van deze regel zal men er echter niet altijd uitkomen. Om te beginnen is deze regel nog te vaag geformuleerd. Hij roept de vraag op, wanneer er zodanige samenhang bestaat tussen het ontstaan van een schuld en de afwikkeling van het faillissement, dat kan worden aangenomen dat het om een boedelschuld gaat. Een dergelijk criterium vereist nadere invulling. Een tweede reden waarom de geformuleerde regel niet altijd uitkomst biedt, is dat een strikte toepassing daarvan tot onwenselijke uitkomsten kan leiden. Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van schulden die weliswaar na de faillietverklaring zijn ontstaan, maar hun grondslag mede vinden in omstandigheden die zich vóór de faillietverklaring hebben voorgedaan. Volgens de voornoemde regel kunnen dergelijke schulden nooit als faillissementsschulden ter verificatie worden ingediend. Dat is niet aantrekkelijk omdat, zoals eerder is betoogd, met het verificatieproces het verhaalsaspect van de *paritas creditorum* wordt gewaarborgd. Door een schuld aan te merken als niet-verifieerbare schuld of als boedelschuld, wordt op dat fundamentele beginsel een negatieve respectievelijk positieve uitzondering gemaakt. Derhalve is terughoudendheid geboden bij het kwalificeren van schuldvorderingen als niet-verifieerbare schulden of als boedelschulden.

Boedelschulden hebben immers tot gevolg dat er minder actief te verdelen is onder de schuldeisers wier vorderingen moeten worden geverifieerd. Een grote omvang van de boedelschulden kan er zelfs toe leiden dat in het geheel geen uitkeringen kunnen worden gedaan en het faillissement door opheffing eindigt. Dat staat op gespannen voet met het karakter van het

13 In paragraaf 1.7 worden enkele uitzonderingen op deze regel besproken.

faillissement als uitwinning van het vermogen van een schuldenaar ten behoeve van *al* zijn schuldeisers en niet slechts enkele daarvan¹⁴.

Mutatis mutandis geldt hetzelfde wanneer te gemakkelijk schuldvorderingen zouden worden gekwalificeerd als niet-verifieerbaar. Een grote omvang van de niet-verifieerbare schulden betekent dat een grote groep schuldeisers buiten spel staat. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet nog voornamelijk natuurlijke personen failliet werden verklaard. In het faillissement van een natuurlijk persoon heeft het kwalificeren van een schuld als niet-verifieerbare schuld 'slechts' een tijdelijke achterstelling in de verhaalsmogelijkheden van de schuldeiser tot gevolg. Na de beëindiging van het faillissement heeft hij weer dezelfde verhaalsmogelijkheden als alle andere schuldeisers op het door de schuldenaar eventueel nieuw te verwerven vermogen. Tegenwoordig is de gefailleerde in veel gevallen echter een rechtspersoon¹⁵, die tengevolge van het faillissement ophoudt te bestaan. Het faillissement op zichzelf ontbindt de rechtspersoon niet, maar wanneer het faillissement wordt opgeheven wegens gebrek aan baten, of wanneer de staat van insolventie intreedt (vgl. art. 173 Fw), wordt de rechtspersoon krachtens art. 2:19 lid 1 onder c BW van rechtswege ontbonden. In dat geval heeft het kwalificeren van een schuld als niet-verifieerbare schuld verstrekkender gevolgen. De schuldeiser blijft dan definitief van verhaalsmogelijkheden op zijn schuldenaar verstoken. Dat is een extra reden om terughoudend te zijn in het kwalificeren van schuldvorderingen als niet-verifieerbare schulden.

Ik zou derhalve als uitgangspunt willen nemen, dat zo veel mogelijk schuldeisers hun vorderingen ter verificatie kunnen en moeten indienen, zodat het verhaalsaspect van het gelijkheidsbeginsel via het verificatieproces zo goed mogelijk tot uitdrukking komt. Voor het aanmerken van een schuld als niet-verifieerbare schuld of als boedelschuld moet een duidelijke rechtvaardigingsgrond bestaan. In het navolgende zal voor beide

14 Zo ook A. van Hees, Ontruimingsverplichting bij de opzegging van een huur-overeenkomst door de curator van een failliete huurder boedelschuld?, NbBW 1994, blz. 38.

15 Het aantal uitgesproken faillissementen waarin de gefailleerde een naamloze of besloten vennootschap is, schommelt de laatste jaren rond de 40%. Bron: CBS, Faillissementsstatistiek 1995, Voorburg/Heerlen 1996, blz. 13, staat 5 en CBS, Kwartaalbericht Rechtsbescherming en Veiligheid 1997/1, blz. 36, tabel 5.2.

categorieën schulden worden onderzocht waarin deze rechtvaardiging moet worden gezocht (paragrafen 1.4 en 1.5). Van daaruit zal ik trachten algemene criteria te formuleren, aan de hand waarvan in een concreet geval kan worden vastgesteld tot welke categorie een bepaalde schuld moet worden gerekend (paragraaf 1.7). Vervolgens zullen deze criteria worden toegepast op verschillende soorten schulden. Daarbij zal tevens worden nagegaan in hoeverre mijn criteria aansluiten bij de jurisprudentie en de wet (paragraaf 1.8).

1.4 Rechtvaardiging voor de achtergestelde verhaalspositie van schuldeisers van niet-verifieerbare vorderingen

1.4.1 Fixatiebeginsel

Dat na de faillietverklaring ontstane schulden niet ter verificatie kunnen worden ingediend is een uitwerking van het fixatiebeginsel. Dit houdt in, dat de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen moet worden beoordeeld naar het moment der faillietverklaring. Het fixatiebeginsel is nergens expliciet in de Faillissementswet vastgelegd, maar moet worden afgeleid uit het systeem van die wet en de geschiedenis van haar totstandkoming. Ik zou bij het fixatiebeginsel twee aspecten willen onderscheiden:

1. Het materiële aspect van het fixatiebeginsel

Het materiële aspect van het fixatiebeginsel houdt in, dat na de faillietverklaring verrichte rechtshandelingen met betrekking tot actieve vermogensbestanddelen van de gefailleerde, geen nadeel kunnen toebrengen aan de verhaalspositie van de gezamenlijke faillissementsschuldeisers. Hun rechten op de boedel zijn op de dag der faillietverklaring gefixeerd. Anders gezegd: het materiële aspect van het fixatiebeginsel beoogt te waarborgen, dat het actieve vermogen van de schuldenaar als verhaalsobject voor zijn schuldeisers intact blijft. Dit volgt onder andere uit de artt. 23, 35, 35a en 35b Fw. De aangehaalde wetsartikelen zien op de onbevoegdheid van de schuldenaar om gedurende het faillissement te beschikken en te beheren over goederen die in het faillissement vallen. Het materiële aspect van het fixatiebeginsel normeert ook de verhoudingen tussen schuldeisers onderling. Zo besliste de Hoge Raad in zijn arrest van 18 december 1987, NJ 1988, 340 m.nt. G (OAR/ABN) op grond van dit aspect van het fixatie-

beginsel, dat een fiduciair eigenaar aan wie constituto possessorio zaken waren geleverd, niet meer na de faillietverklaring door de zaken onder zich te nemen kon bewerkstelligen, dat hij zijn (zekerheids)eigendomsrecht kon inroepen tegen de verkoper met een verkopersprivilege op de betreffende zaken. Naar huidig recht laat deze uitspraak zich vertalen naar de regel, dat een stille pandhouder zijn positie niet ten opzichte van andere (bevoorrechte) schuldeisers kan versterken, door na de faillietverklaring de verpande zaken op te eisen. Deze regel vindt men ook terug in de laatste volzin van art. 21 lid 2 Iw met betrekking tot het bodemvoorrecht van de fiscus.

2. Het formele aspect van het fixatiebeginsel

Het formele aspect van het fixatiebeginsel houdt in, dat in het faillissement slechts diegenen kunnen opkomen, die op het moment der faillietverklaring schuldeiser zijn, en wel voor het bedrag dat zij op dat moment te vorderen hebben. Zoals het materiële aspect het actieve vermogen van de schuldenaar fixeert, zo fixeert het formele aspect het passieve vermogen¹⁶. Uit dit formele aspect van het fixatiebeginsel vloeit het onderscheid tussen faillissementsschulden en niet-verifieerbare schulden voort. Ook dit aspect vindt men terug in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Zo citeerde hij in zijn arrest van 5 januari 1923, NJ 1923, blz. 359 (Petkovic/Modderman q.q.)¹⁷ met instemming de volgende overwegingen van het Hof:

"het faillissement is een algemeen beslag op het geheele vermogen van den gefailleerde ter verdeeling onder de bij den aanvang van het faillissement bestaande schuldeisers voor hetgeen zij op dien dag te vorderen hebben", welk "systeem van fixatie van de rechten van crediteuren op het oogenblik van het faillissement dat der Faillissementswet is en onder meer neergelegd in de artikelen 23, 24, 33, 38, 39, 128-131 dier wet."

Dat ook de wetgever van dit formele aspect van het fixatiebeginsel is uitgegaan, blijkt onder andere uit de Memorie van Toelichting op de artt. 128-131 Fw, waarin de Regering opmerkt:

16 Beide aspecten vindt men terug in HR 31 december 1909, W. 8957 (1910) (Op den Ende/De Haan Hugenholtz q.q.).

17 Zie ook HR 28 november 1930, NJ 1931, blz. 253 m.nt. E.M.M. (Hermans q.q./Teixera de Mattos).

"De schuldeischers concurreeren in het faillissement voor het bedrag dat zij op het oogenblik der faillietverklaring te vorderen hebben; de dag der faillietverklaring fixeert hunne rechten; dit is het eenvoudige beginsel, ten grondslag liggende aan de regelen ten aanzien der verificatie in de artikelen 128-131 gesteld."¹⁸

1.4.2 Jurisprudentiële ontstaanscriteria voor vorderingen

De regel is dus, dat het ontstaansmoment van een vordering bepaalt of zij al dan niet ter verificatie kan worden ingediend. De vraag is echter of deze regel ongeclausuleerd moet worden toegepast. Voordat die vraag kan worden beantwoord, is het nodig om te weten welke maatstaven worden gehanteerd, om te bepalen op welk moment een vordering niet meer toekomstig is, maar als bestaand dient te worden aangemerkt. Dergelijke maatstaven zijn in de jurisprudentie voornamelijk geformuleerd in het kader van de problematiek van cessie van toekomstige vorderingen.

In HR 29 december 1933, NJ 1934, 343 m.nt. P.S. (Fijn van Draat q.q./De Nederlanden) besliste de Hoge Raad dat cessie van een vordering op naam slechts mogelijk is, wanneer de vordering bij het aangaan van de akte van overdracht reeds bestaat. Tegelijkertijd nam de Hoge Raad het bestaan van een vordering snel aan, namelijk wanneer zij haar onmiddellijke grondslag vond in een ten tijde van de overdracht reeds bestaande rechtsverhouding. Vanaf het Solleveld II-arrest (HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 m.nt. WMK) vaart de Hoge Raad een andere koers. In dat arrest overwoog hij dat voor de cessie van een vordering nodig is, dat de over te dragen vordering reeds ten tijde van de cessie ook naar haar inhoud in voldoende mate door de akte van cessie wordt bepaald. Voor de overdracht van vorderingen die op het moment van de cessie *nog moeten ontstaan* betekende dit volgens de Hoge Raad, dat zij hun onmiddellijke grondslag moeten hebben in een rechtsverhouding die op dat moment reeds bestaat¹⁹. Dit laatste, het be-

18 Van der Feltz, II, blz. 126. Zie ook het regeringsantwoord op het verslag van de Tweede Kamer bij art. 136 Fw, Van der Feltz, II, blz. 143, waarin de Regering spreekt van het beginsel "dat in ieder faillissement het tijdstip der faillietverklaring beslist over de rechten, die de schuldeischers daarin kunnen doen gelden."

19 Onder het huidige recht geldt dit vereiste voor de overdracht van een toekomstige vordering niet meer. Voldoende is een akte en een mededeling aan de debiteur (vgl. de artt. 3:94 en 3:97 BW). De debiteur moet dus bekend zijn, maar de rechtsverhouding waarin deze debiteur tot zijn crediteur (de cedent) staat, hoeft nog niet te bestaan. Overdracht van toekomstige vorderingen geschiedde onder het oude recht met name ter zekerheidstelling, hetgeen thans volgens art. 3:84 lid 3

staan van een rechtsverhouding waarin een vordering zijn grondslag vindt, is dus niet meer voldoende om aan te nemen dat de betreffende vordering bestaat. De Hoge Raad heeft dit nog eens uitdrukkelijk bevestigd in HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 m.nt. WMK (SOS/ABN), waarin hij overwoog:

"Cessie van toekomstige vorderingen die hun onmiddellijke grondslag vinden in een ten tijde van de cessie reeds bestaande rechtsverhouding, is mogelijk. Doch de cessie kan, indien de cedent vóór het ontstaan van de vordering wordt failliet verklaard en aldus krachtens art. 23 Fw op het tijdstip van dat ontstaan zijn bevoegdheid om over zijn vermogen te beschikken reeds heeft verloren, niet tegen de boedel worden ingeroepen. Een toekomstige vordering - die moet worden onderscheiden van bijv. een terstond krachtens overeenkomst ontstane vordering onder een opschortende tijdsbepaling of voorwaarde of tot periodieke betalingen - kan ook niet geacht worden reeds te hebben bestaan ten tijde van het ontstaan van de betreffende rechtsverhouding op grond van het enkele feit dat zij daarin haar onmiddellijke grondslag vond."

Resumerend kan hieruit worden afgeleid dat het enkele feit, dat een vordering haar onmiddellijke grondslag vindt in een vóór de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding, nog niet met zich meebrengt dat deze vordering op het moment van de faillietverklaring reeds bestaat. Voorbeelden van vorderingen die wél onmiddellijk ontstaan bij het aangaan van de overeenkomst waaruit zij voortspuiten, doch waarvan alleen nog geen nakoming kan worden afgedwongen, zijn onder andere: (a) vorderingen onder opschortende tijdsbepaling, (b) vorderingen onder opschortende voorwaarde en (c) vorderingen tot periodieke betalingen.

In zijn arrest van 30 januari 1987, NJ 1987, 530 m.nt. G (WUH/Emmerig q.q.) heeft de Hoge Raad de hiervoor onder categorie c genoemde vorderingen tot periodieke betalingen aangescherpt tot *terstond vaststaande periodieke betalingen*²⁰. Daaronder vallen niet de periodieke betalingsverplichtingen waarvan het ontstaan nog afhankelijk is van "toekomstige

BW (in beginsel; vgl. HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 m.nt. WMK (Keereweert q.q./Sogelease)) niet meer mogelijk is. Als substituut kent het huidige recht de mogelijkheid van stille verpanding van toekomstige vorderingen. Art. 3:239 lid 1 BW stelt daarvoor eenzelfde vereiste als de Hoge Raad onder het oude recht in het Solleveld II-arrest formuleerde: stille verpanding van een toekomstige vordering is slechts mogelijk wanneer deze rechtstreeks zal worden verkregen uit een ten tijde van de vestiging van het pandrecht reeds bestaande rechtsverhouding.

20 Vgl. ook HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 m.nt. HJS (Van Berkel/Tribosa) en HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744 m.nt. HJS (Ontvanger/NMB).

vooralsnog onzekere omstandigheden". Om die reden oordeelde de Hoge Raad dat na de faillietverklaring vervallen huurtermijnen op het moment van de faillietverklaring nog toekomstig waren: het ontstaan van dergelijke verplichtingen is onder andere nog afhankelijk van het daadwerkelijk verschaffen van het huurgenot. Een cessie van nog niet vervallen huurtermijnen kan derhalve niet aan de boedel worden tegengeworpen.

De Hoge Raad heeft ook nader invulling gegeven aan de hiervoor onder b genoemde verplichtingen onder opschortende voorwaarde. In HR 25 maart 1988, NJ 1989, 200 m.nt. WMK (Ambags q.q./Staal Bankiers) oordeelde de Hoge Raad dat een vordering waarvan het ontstaan afhangt van een wilsverklaring van de schuldenaar niet is een voorwaardelijke - en dus bestaande - vordering. Ook een contractueel boetebeding levert geen voorwaardelijke verbintenis op. De vordering uit hoofde van het boetebeding is afhankelijk van de tekortkoming van de debiteur in de nakoming van de contractuele verplichting waarop de boete is gesteld, en ontstaat derhalve pas door die tekortkoming; HR 5 januari 1990, NJ 1990, 325 (Dubbeld/Laman)²¹.

1.4.3 Uitzonderingen op het fixatiebeginsel

Zoals vermeld kwam de voornoemde jurisprudentie hoofdzakelijk tot stand in het kader van de problematiek rond cessie (en verpanding) van toekomstige vorderingen. Betwijfeld moet worden of de daarin geformuleerde strenge ontstaanscriteria ook consequenties hebben voor de vraag, welke vorderingen in faillissement ter verificatie kunnen worden ingediend. Gebleken is dat de door de Hoge Raad gehanteerde ontstaanscriteria een ontwikkeling in de tijd hebben doorgemaakt. Daarentegen ligt de regel, dat na de faillietverklaring ontstane vorderingen niet ter verificatie kunnen worden ingediend, besloten in het systeem van een wet die ruim een eeuw oud is. Moet worden aangenomen dat vroeger iedere vordering verifieerbaar was die voortvloeide uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding (Fijn van Draat-criterium), maar dat die regel sinds het Solleveld II-arrest niet meer geldt? Het ligt voor de hand dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Daarbij kan men twee redeneringen volgen.

21 Zie ook Asser-Hartkamp 4-I, tiende druk (1996), nr. 391.

Op het eerste gezicht zou men geneigd zijn te stellen, dat voor de vraag of een vordering al dan niet voor cessie of verpanding vatbaar is, andere ontstaanscriteria gelden dan voor de vraag, of een vordering verifieerbaar is in faillissement. Deze benadering is gevolgd door Van Galen, die stelt:

"Waar het nu om gaat is dat een vordering uiteindelijk een abstractie is. Daarom kan men bij een vordering die niet direct volwaardig is - anders dan bij een stoffelijke zaak - slechts zinvol het bestaan van de vordering als criterium hanteren voor het intreden van een bepaald rechtsgevolg, als eerst een criterium is ontwikkeld aan de hand waarvan bepaald wordt wanneer die vordering is ontstaan. Bovendien moet vaststaan dat dát ontstaanscriterium ook voor de bepaling van dát rechtsgevolg gebruikt mag worden."²²

Op grond van deze overweging acht Van Galen het mogelijk dat een vordering op een bepaald moment als toekomstig moet worden aangemerkt in het kader van de cessie-problematiek, maar dat dezelfde vordering als bestaand moet worden aangemerkt in het kader van de schuldenproblematiek in faillissement. Ik betwijfel of deze redenering juist is. De vraag of een vordering op een zeker moment bestaat, komt neer op de vraag of er een goederenrechtelijk recht (een vermogensrecht) bestaat. Ik zou menen dat deze vraag slechts voor één antwoord vatbaar is, ongeacht in welke context men deze plaatst. Zo kan men ook niet stellen dat een eigendomsrecht op een zaak in de ene context wel, maar in een andere context (nog) niet bestaat. Dat een zaak - anders dan een vordering - geen abstractie is, acht ik niet relevant. De zaak zelf vormt immers niet het goederenrechtelijke recht, maar het eigendomsrecht dat daarop rust²³. Dat eigendomsrecht is evenzeer een abstractie. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat een eigendomsrecht met het oog op het ene rechtsgevolg wél kan bestaan, maar met het oog op een ander rechtsgevolg niet²⁴. Een eigendomsrecht bestaat of het bestaat niet. Hetzelfde geldt ten aanzien van een vorderingsrecht.

De opvatting van Van Galen strookt aldus niet met ons goederenrechtelijk systeem. Daarnaast vrees ik dat zij tot rechtsonzekerheid zal leiden. In

22 Van Galen, WPNR 1996, blz. 394.

23 Daaraan doet niet af dat de eigendom van een zaak in het spraakgebruik veelal wordt vereenzelvigd met de zaak zelf.

24 Wel kent ons rechtstelsel vormen van relatieve eigendom: vgl. o.a. de artt. 3:45 lid 4 en 3:90 lid 2 BW en de artt. 453a en 505 Rv. Daarmee is echter niet gezegd dat het eigendomsrecht in goederenrechtelijke zin niet volledig bestaat, maar slechts dat de eigenaar zijn eigendomsrecht niet jegens een ieder kan inroepen.

ieder vraagstuk waarin van belang is of een schuldvordering reeds bestaat of nog toekomstig is, zouden in de benadering van Van Galen specifieke ontstaanscriteria moeten worden ontwikkeld en gehanteerd. Men denke bijvoorbeeld aan het vraagstuk van verrekening van schuldvorderingen rond de faillissementsdatum. Toekomstige schuldvorderingen kunnen volgens art. 53 lid 1 Fw slechts worden verrekend wanneer zij voortvloeien uit een handeling vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Wanneer beide schuldvorderingen ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaan, geldt een dergelijke beperking niet. Het ontstaansmoment van vorderingen speelt voorts een rol in het kader van de vraag of een vordering vatbaar is voor derdenbeslag. Beslag op een toekomstige vordering is volgens art. 475 Rv slechts mogelijk, wanneer zij door de beslagdebiteur rechtstreeks zal worden verkregen uit een ten tijde van het beslag reeds bestaande rechtsverhouding. De opvatting van Van Galen noopt ertoe in ieder van de voornoemde vraagstukken afzonderlijk na te gaan welke ontstaanscriteria voor vorderingen moeten worden gehanteerd.

Het voorgaande laat onverlet, dat de motieven die een rol speelden in de Solleveld-jurisprudentie (het beperken van de mogelijkheid om vooraf over activa te beschikken), niet zozeer spelen bij de schuldenproblematiek in faillissement. Er is echter nog een tweede benadering om dit probleem op te lossen. De regel dat slechts vorderingen die bestonden ten tijde van de faillietverklaring ter verificatie kunnen worden ingediend, zou men kunnen zien als een uitgangspunt waarop uitzonderingen mogelijk zijn. Deze benadering heeft mijn voorkeur. Een aanwijzing dat ook de wetgever van deze zienswijze uitgaat, kan worden afgeleid uit de aanpassingen die diverse bepalingen in de Faillissementswet na de totstandkoming van deze wet hebben ondergaan. Zo is art. 136 lid 2 Fw aangepast in die zin, dat een hoofdelijk verbonden schuldenaar ook ter zake van regresvorderingen die hij pas tijdens het faillissement van een mede-schuldenaar heeft verkregen²⁵, met inachtneming van het in het tweede lid bepaalde onder a tot en

25 Uit deze bepaling volgt mijns inziens dat een regresvordering niet, zoals in de literatuur vaak wordt verdedigd (zie de verwijzingen in noot 1 van het hierna te noemen artikel van Faber), een bestaande voorwaardelijke vordering is vanaf het moment waarop de hoofdelijke aansprakelijkheid is ingetreden, doch pas ontstaat op het moment waarop de hoofdelijk verbonden schuldenaar meer dan het bedrag van zijn interne draagplicht aan de schuldeiser voldoet. Zo ook N.E.D. Faber, *Enige beschouwingen over het ontstaan van rechtsvorderingen*, NTBR 1995, blz. 35-40.

met c, in het faillissement van die mede-schuldenaar kan worden toegelaten. In de Memorie van Toelichting merkt de Regering over deze wijziging in het tweede lid op:

"Verduidelijkt is voorts dat het lid zowel betrekking heeft op de vorderingen die de hoofdelijke schuldenaar ten tijde van de verificatie - en wellicht vóór de faillietverklaring - op zijn gefailleerde medeschuldenaar had verkregen als op de vorderingen die hij dan uit hoofde van hun onderlinge rechtsverhouding nog op hem zal kunnen verkrijgen."²⁶

Een ander voorbeeld waaruit blijkt dat het fixatiemoment door de wetgever niet absoluut wordt gehanteerd, blijkt uit het nieuwe art. 37a Fw. Dit artikel bepaalt, dat in geval van ontbinding of vernietiging van een door de schuldenaar niet nagekomen overeenkomst, de wederpartij voor een vordering tot ongedaanmaking of voor een vordering tot aanvullende of vervangende schadevergoeding, als concurrent schuldeiser in het faillissement van de schuldenaar kan opkomen. Deze bepaling is in de Faillissementswet opgenomen ter gelegenheid van de invoering van het nieuw BW. Uit de Memorie van Toelichting blijkt waarom:

'Dit artikel bepaalt dat men voor de daarin omschreven vorderingen als concurrent schuldeiser in het faillissement kan opkomen, zoals in het huidige (thans oude, GAJB) recht reeds wordt aangenomen. Onder het nieuw BW zou op dit punt echter twijfel kunnen bestaan. De vorderingen tot ongedaanmaking na ontbinding van de overeenkomst vloeien daar immers voort uit artikel 6:53:14 (lees 6:54:14, 6:271 BW, GAJB) en niet, zoals in het huidige (thans oude, GAJB) recht, uit de terugwerkende kracht van de ontbinding. Iets dergelijks geldt voor de vordering tot vervangende schadevergoeding ontstaan als gevolg van naderhand onmogelijk worden van nakoming of door omzetting overeenkomstig artikel 6:18:11 (6:87 BW, GAJB). Voor het geval van vernietiging springt deze moeilijkheid minder in het oog, nu ook in het nieuw BW de vernietigde overeenkomst in beginsel met terugwerkende kracht vervalt. Maar hier zouden zich zonder de onderhavige bepaling soms problemen kunnen voordoen, met name in geval van toepassing van art. 3:217b (3:53 BW, GAJB) in diër voege dat in plaats van vernietiging een uitkering in geld wordt opgelegd of dat aan de vernietiging geheel of ten dele terugwerkende kracht wordt ontzegd."²⁷

26 Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, blz 265

27 Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, blz 99-100

Tenslotte zij hier gewezen op art. 299 (o)Fw. Het betreft een bepaling uit het wetsvoorstel schuldsanering natuurlijke personen²⁸. Het eerste lid van dit artikel luidt als volgt:

De schuldsaneringsregeling werkt ten aanzien van:

- a. vorderingen op de schuldenaar die ten tijde van de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling bestaan;
- b. vorderingen op de schuldenaar die na de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling ontstaan uit hoofde van ontbinding of vernietiging van een vóór die uitspraak met de schuldenaar gesloten overeenkomst;
- c. vorderingen die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling op de schuldenaar verkregen vordering;
- d. vorderingen op de schuldenaar die na de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling ontstaan door de vervulling van een vóór die uitspraak overeengekomen ontbindende voorwaarde;
- e. vorderingen op de schuldenaar die ontstaan krachtens artikel 10 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek uit hoofde van een ten tijde van de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling reeds bestaande rechtsbetrekking.

In de Memorie van Toelichting bij deze bepaling wordt opgemerkt:

"Op het tijdstip van het van toepassing verklaren (van de schuldsaneringsregeling, GAJB) vindt als het ware een fixatie plaats van de vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt. Doorgaans zal het daarbij gaan om vorderingen die op dat moment bestaan (eerste lid, onderdeel a). (...) In de onderdelen b tot en met e worden enkele vorderingen onder de werking van de schuldsaneringsregeling gebracht die niet zonder meer onder onderdeel a vallen. Voor al deze vorderingen geldt evenwel dat zij voortvloeien uit een ten tijde van het van toepassing verklaren van de schuldsaneringsregeling reeds bestaande rechtsverhouding."²⁹

28 Wetsvoorstel 22 969, voluit: "Wijziging van de Faillissementswet in verband met de sanering van schulden van natuurlijke personen". Op dit wetsvoorstel is forse kritiek geleverd, waardoor de behandeling in de Eerste Kamer vertraging heeft opgelopen. De werkgroep 'Schone lei', bestaande uit vertegenwoordigers van curatoren (INSOLAD), Rechters-Commissarissen (Recofa), gemeentelijke kredietbanken (Nederlandse Vereniging voor Volkskrediet) en prof.mr. N.J.H. Huls, heeft op 18 december 1996 een aangepast voorstel aan het Ministerie gepresenteerd dat aan de bezwaren tegen het huidige voorstel tegemoet zou moeten komen. De Minister van Justitie heeft de Eerste Kamer hierover geïnformeerd in haar brief van 24 februari 1997 (EK 1996-1997, 22 969, nr. 133a). Naar aanleiding van het voorstel van de werkgroep 'Schone lei' heeft het Ministerie thans een novelle opgesteld, die naar verwachting in het najaar van 1997 bij de Tweede Kamer zal worden ingediend.

29 Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, blz. 743.

In alle voornoemde bepalingen en toelichtingen neemt de wetgever steeds als uitgangspunt de fixatie van vorderingen op het moment van faillietverklaring of de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling. De wetgever erkent echter dat een absolute werking van het formele aspect van het fixatiebeginsel ongewenst is en brengt er nuanceringen op aan voor diverse soorten schulden die weliswaar zijn ontstaan na het fixatiemoment, maar voortvloeien uit een voordien reeds bestaande rechtsverhouding. De vraag is, of men deze wettelijke uitzonderingen als limitatief moet zien, of dat ook andere soorten schuldvorderingen die eerst tijdens faillissement ontstaan, maar voortvloeien uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding, ter verificatie kunnen worden ingediend. Zowel Verstijlen³⁰ als Kortmann en Faber³¹ menen dat de tekst van de wet en de toelichting onvoldoende steun bieden voor een bevestigend antwoord op de laatste vraag. Ik moet hen daarin gelijk geven, maar tegelijkertijd blijft bij mij ook een zekere twijfel bestaan over de bedoelingen van de wetgever. Uit de geciteerde toelichting bij art. 37a Fw blijkt bijvoorbeeld niet duidelijk of de wetgever deze bepaling echt noodzakelijk achtte. Gesteld wordt dat deze bepaling is opgenomen om twijfel te voorkomen.

In het navolgende zal ik onderzoeken of het wenselijk is om de artt. 37a Fw, 136 lid 2 Fw en 299 (o)Fw als limitatieve uitzonderingen te beschouwen op het formele aspect van het fixatiebeginsel. Als hulpmiddel zal ik daarbij een vergelijking maken tussen het individuele beslagrecht en het faillissementsrecht.

1.4.4 Het faillissementsbeslag vergeleken met een individueel beslag

Het faillissement heeft het karakter van een gerechtelijk beslag op (nagenoeg) het gehele actieve vermogen van de schuldenaar³². Het is daarom in veel opzichten te vergelijken met een beslag dat is gelegd door een indivi-

30 F.M.J. Verstijlen, Enige beschouwingen naar aanleiding van A.L. Leuftink, Sur-séance van betaling, TvI 1996/2, blz. 38.

31 S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Honderd jaar Faillissementswetgeving, TvI 1996/5, blz. 132.

32 Vgl. MvT bij art. 20 Fw, Van der Feltz, I, blz. 339. Zie ook M. Polak/N.J. Polak, blz. 1.

duele schuldeiser buiten faillissement³³. Een van de rechtsgevolgen van individueel beslag is, dat rechtshandelingen³⁴ met betrekking tot het beslagen goed niet aan de beslaglegger kunnen worden tegengeworpen; men vergelijk de artt. 453a, 474e, 475h, 505, 566, 567 en 584e Rv. Dit wordt wel de 'blokkerende werking van beslag' genoemd. Dit is te vergelijken met het in paragraaf 1.4.1 behandelde materiële aspect van het fixatiebeginsel in faillissement. De strekking is dezelfde: voorkomen dat beslagen goederen geheel (vervreemding) of gedeeltelijk (bezwarende) als verhaalsobject voor de beslaglegger(s) (in faillissement: de faillissementsschuldeisers) verloren gaan.

In paragraaf 1.4.1 heb ik echter geconstateerd dat het bewarende karakter van het faillissementsbeslag verder strekt dan de regel, dat rechtshandelingen verricht met betrekking tot het beslagene (boedelbestanddelen), niet aan de beslagleggers (faillissementsschuldeisers) kunnen worden tegengeworpen. Het fixatiebeginsel kent voorts het formele aspect, dat schuldeisers wier vorderingen na de faillietverklaring zijn ontstaan, niet in de opbrengst van het beslagen vermogen mogen meedelen. De vermindering van de verhaalsmogelijkheden waartegen deze regel beschermt, is niet gelegen in het feit dat het verhaalsobject in waarde vermindert, maar in het feit dat de opbrengst tussen meer schuldeisers moet worden verdeeld. In het navolgende zal ik nagaan of een individueel beslag een soortgelijke werking heeft.

Uitgangspunt is dat een goed waarop door een individuele schuldeiser verhaalsbeslag is gelegd, daardoor niet als verhaalsobject voor de overige schuldeisers van de schuldenaar verloren is gegaan. Door mede beslag te leggen kunnen andere schuldeisers meedelen in de opbrengst; men vergelijk de artt. 457, 478 en 513 Rv³⁵. Is de opbrengst ontoereikend om alle beslagleggers geheel te voldoen, dan zal de verdeling geschieden volgens de wettelijke regels van rangorde. Zo nodig zal dit gebeuren op basis van

33 Een beslag dat buiten faillissement door een individuele beslaglegger is gelegd, zal ik hierna 'individueel beslag' noemen.

34 Bedoelde rechtshandelingen zijn (afhankelijk van het soort beslag): vervreemding, bezwarende met een beperkt recht, verhuring, verpachting en onderbewindstelling.

35 Dit is in overeenstemming met het verhaalsaspect van de *paritas creditorum*.

een rangregeling. Dit is geregeld in de artt. 480 e.v. Rv en de artt. 551 e.v. Rv³⁶.

Het leggen van medebeslag (men spreekt ook wel van cumulatief beslag) vervult op die manier een functie die vergelijkbaar is met de indiening van een vordering ter verificatie in een faillissement³⁷. Die vergelijking strekt nog verder: degenen die zich in geval van faillissement buiten het faillissement om kunnen verhalen, dat wil zeggen zonder zich aan het verificatieproces te moeten onderwerpen³⁸, behoeven ook in geval van een individueel beslag geen medebeslag te leggen om bij de verdeling van de executie-opbrengst in aanmerking te worden genomen. Dit geldt in de eerste plaats voor hypotheekhouders en pandhouders³⁹. Ook de beperkt of persoonlijk gerechtigde wiens recht door de executie is vervallen en wordt vervangen door een bevoorrechte schadevergoedingsaanspraak⁴⁰, wordt van rechtswege bij de verdeling van de executie-opbrengst in aanmerking genomen.

Net als voor de mogelijkheid tot indiening ter verificatie een uiterste tijdstip geldt (vgl. art. 108 Fw), is ook de mogelijkheid om door het leggen van medebeslag te delen in de executie-opbrengst van een beslagen goed aan een (praktisch noodzakelijke) termijn gebonden. Deze termijn is afhankelijk van de aard van het beslag en het beslagobject. Zo kan op roerende zaken bijvoorbeeld medebeslag worden gelegd tot het moment van verkoop (art. 457 lid 1 Rv). Cumulatief derdenbeslag kan worden gelegd tot het tijdstip waarop de derde de door het beslag getroffen vorderingen of zaken aan de deurwaarder heeft betaald respectievelijk afgegeven⁴¹.

De vraag is nu, of de mogelijkheid om door middel van cumulatief beslag mee te delen in de opbrengst van het beslagene, zich beperkt tot de schuldeisers wier vorderingen reeds bestonden ten tijde van het eerste beslag.

36 Hiern komt het verdelingsaspect van de *paritas creditorum* tot uitdrukking.

37 Vgl. Burgerlijke Rechtsvordering, H. Stein, art. 481, aantekening 3.

38 Zie hoofdstuk 4

39 Voor een pandhouder geldt dit echter uitsluitend voor zover zijn vordering lager is gerangschikt dan die van de executant. Een hoger gerangschikte pandhouder moet hetzij de executie overnemen, hetzij beslag leggen.

40 Vgl. de artt. 3:282 en 3:264 lid 7. Zie hierover nader paragraaf 4.2.

41 Vgl. MvT op art. 478 Rv, Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), blz. 183. Zie ook de noot van H.J. Snijders onder HR 23 december 1994, NJ 1995, 747 m.nt. HJS (Ontvanger/Staat).

Zou deze vraag bevestigend moeten worden beantwoord, dan zou een individueel beslag in dit opzicht dezelfde werking hebben als het faillissementsbeslag. Sommige schrijvers gaan ervan uit dat een dergelijke parallel inderdaad kan worden getrokken. Zo stelt Wachter:

"(..) de regel, dat schuldeisers wier vorderingen ontstaan na een gelegd, individueel beslag zich niet op het beslagene kunnen verhalen (..) loopt parallel aan het beginsel, dat het faillissementsbeslag slechts bestemd is voor de schuldeisers, die ten tijde van de faillietverklaring een vordering op de failliet hebben. (..) Star Busmann (..) merkt in dit verband op, dat art. 24 Fw een algemeen, voor elk beslag geldend beginsel tot uitdrukking brengt (..) "⁴²

In het door Wachter aangehaalde boek van Star Busmann, dat is bewerkt door Rutten, wordt ten aanzien van art. 24 Fw het volgende overwogen:

"Dit voorschrift brengt het zakelijke karakter van het beslag tot uiting en heeft daarom een algemene strekking. Gelijk de later ontstane verbintenissen van de schuldenaar niet op zijn door het faillissementsbeslag getroffen vermogen kunnen worden verhaald, kunnen zij het bij een bijzonder beslag evenmin op de inbeslaggenomen vermogensdelen, doch in beide gevallen heeft men te doen met een en dezelfde werking van het beslag." "⁴³

Ik meen echter dat de overeenkomst die Wachter en Rutten zien tussen een individueel beslag en een faillissementsbeslag, niet bestaat. Hun veronderstelling dat vorderingen die zijn ontstaan nadat een individueel beslag is gelegd, niet ten nadele van de eerdere beslaglegger op het beslagen goed kunnen worden verhaald, kan mijns inziens niet als algemene regel worden aanvaard⁴⁴. Onder het oude recht heeft de Hoge Raad een dergelijke regel nog wel aanvaard ten aanzien van het derdenbeslag. Dit hield verband met de wijze waarop de Hoge Raad invulling gaf aan het bepaalde in art. 754 Rv (oud). Uitgangspunt van die bepaling was dat, in geval van

42 B Wachter in zijn noot (onder 2) onder HR 11 januari 1980, NJ 1980, 563

43 C W. Star Busmann, Hoofdstukken van Burgerlijke Rechtsvordering, derde druk, bewerkt en herzien door L.E.H. Rutten, met medewerking van W.H. Ariens, Haarlem 1972, blz 441

44 Zo ook G. Parser, Behoeft de regeling van het beslag onder derden wijziging?, preadvies NJV 1932, blz. 86, R.P. Cleveringa, Mr. W. Van Rossem's verklaring van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, deel II, vierde druk, Zwolle 1972, blz 1073, Van der Kwaak, diss. blz. 103 e.v. en blz 215 e.v. en F.H.J. Mijnsen, Mateneel beslagrecht, studiepocket privaatrecht nr. 42, tweede druk, Zwolle 1992, blz 28-30.

cumulatie van derdenbeslagen, in beginsel slechts het eerste beslag werd vervolgd. Alleen de eerste beslaglegger kon de verplichte verklaringsprocedure voeren. Het vonnis tot afgifte dat daarbij werd verkregen, werd in gevolge art. 754 Rv (oud) geacht mede ten behoeve van de 'andere schuldeisers' te zijn geweest. In de arresten HR 10 april 1953, NJ 1953, 587 m.nt. PhANH (Ede/Ontvanger) en HR 10 april 1964, NJ 1965, 32 (Ontvanger/Smit) overwoog de Hoge Raad dat onder 'andere schuldeisers' als genoemd in art. 754 Rv (oud) slechts de schuldeisers moesten worden verstaan, wier vorderingen bestonden ten tijde van het eerste beslag.

Het huidige recht kent niet meer een bepaling als art. 754 Rv (oud). Een verklaringsprocedure wordt in geval van derdenbeslag nog slechts in uitzonderingsgevallen voorgeschreven (vgl. art. 477a e.v. Rv). Ook verder geven de huidige regels van het beslagrecht geen enkele aanleiding om aan te nemen, dat de mogelijkheid om door cumulatief beslag mee te delen in de opbrengst van een beslagen goed, beperkt zou zijn tot de schuldeisers wier vorderingen reeds bestonden ten tijde van het eerste beslag. De Minister heeft zich daar zelfs uitdrukkelijk tegen uitgesproken:

"In elk geval is het in strijd met het stelsel van de artikelen 3.10.1.2. (3:277, GAJB) e.v., en de nieuwe artikelen 435 lid 1, 457, 478, 480 e.v., 513 en 551 e.v. Rv. dat een beslag voorrang zou scheppen voor een beslaglegger ten opzichte van de vordering van een eventuele latere beslaglegger op hetzelfde goed op de grond dat die vordering pas na het eerste beslag is ontstaan."⁴⁵

Concluderend kan worden gesteld dat de regel, als zouden slechts schuldeisers wier vorderingen bestonden ten tijde van het eerste beslag, door middel van het leggen van medebeslag in de opbrengst mogen meedelen, onder het oude recht hoogstens gold voor het derdenbeslag. Onder het huidige recht is een dergelijke regel op geen enkele vorm van individueel beslag van toepassing. Ook schuldeisers wier vorderingen pas na het eerste beslag zijn ontstaan kunnen, door tijdig medebeslag te leggen, bij de verdeling van de executie-opbrengst opkomen. In dit opzicht is er dus een verschil in rechtsgevolg tussen een faillissementsbeslag en een individueel beslag. Wat is de rechtvaardiging voor dit verschil?

45 MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1399.

Het antwoord op deze vraag kan worden gezocht in het feit dat de gefailleerde schuldenaar, anders dan de schuldenaar te wiens laste individueel verhaalsbeslag is gelegd, in de positie verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen⁴⁶. Die toestand impliceert dat het totale actieve vermogen van de schuldenaar niet meer toereikend is om al zijn schulden te voldoen. Dat betekent dat, wanneer nieuwe schuldeisers⁴⁷ bij de verdeling van de opbrengst van dat vermogen zouden kunnen opkomen, daarmee per definitie de verhaalsmogelijkheden van de (laagst gerangschikte) oude schuldeisers⁴⁸ zouden worden aangetast. Dit ligt anders wanneer de schuldenaar niet failliet is verklaard, maar slechts op een of meer van zijn vermogensbestanddelen verhaalsbeslag is gelegd. Het feit dat een nieuwe schuldeiser⁴⁹ door middel van het leggen van medebeslag kan bewerkstelligen dat hij meedeelt in de opbrengst van het beslagene, doet niet per definitie afbreuk aan de verhaalspositie van de eerdere beslaglegger(s). Zo is het mogelijk dat de nieuwe schuldeiser (alsnog) vrijwillig wordt voldaan. In dat geval zal hij verder geen verhaal meer zoeken. Zoekt hij wel verhaal, dan beperken zijn mogelijkheden zich niet tot het leggen van medebeslag op het reeds beslagen goed. In het vermogen van de schuldenaar bevinden zich wellicht nog andere goederen waarop verhaalsbeslag kan worden gelegd.

Het formele aspect van het fixatiebeginsel vindt zijn rechtvaardiging derhalve in de norm, dat de verhaalspositie van de ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande schuldeisers - die toch al niet benijdenswaardig is - niet verder mag worden aangetast door bij de verdeling van het failliete vermogen ook schuldeisers te betrekken wier vorderingen na de faillietverklaring zijn ontstaan. Kennelijk wordt dit belang zo hoog aangeslagen, dat daarvoor een uitzondering op het (verhaalsaspect van het) gelijkheidsbeginsel wordt aanvaard. Ik vraag mij echter af of deze uitzondering moet worden aanvaard ten nadele van alle schuldeisers wier vorderingen na de faillietverklaring zijn ontstaan. Ik zou deze groep 'nieuwe' schuldeisers willen onderscheiden in drie categorieën:

46 Vgl. Van der Kwaak, diss. blz. 219 e.v.

47 Schuldeisers wier vorderingen ontstaan na de faillietverklaring.

48 Schuldeisers wier vorderingen reeds bestonden ten tijde van de faillietverklaring.

49 Schuldeiser wiens vordering is ontstaan na de eerste beslaglegging.

- a. Schuldeisers die na de faillietverklaring, al dan niet van het faillissement op de hoogte, een overeenkomst met de gefailleerde zijn aangegaan en uit dien hoofde een vordering op de gefailleerde hebben verkregen.
- b. Schuldeisers wier vorderingen na de faillietverklaring rechtstreeks uit de wet ontstaan anders dan tengevolge van (niet-)handelen van de curator. Men denke bijvoorbeeld aan de schuldeiser met een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van een door de gefailleerde, na de faillietverklaring verrichte, onrechtmatige daad.
- c. Schuldeisers wier vorderingen na de faillietverklaring ontstaan uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding.

Het is te billijken dat de onder a genoemde schuldeisers hun vorderingen niet ter verificatie kunnen indienen. Naast het bovenvermelde belang van verhaalsbescherming ten behoeve van de ten tijde van de faillietverklaring reeds aanwezige schuldeisers, kunnen hiervoor nog andere argumenten worden aangedragen. Van der Kwaak noemt een argument dat de openbare orde raakt. Het feit dat de onder a bedoelde schuldeisers niet kunnen meedelen in de opbrengst van een faillissementsbeslag, terwijl schuldeisers die met een niet gefailleerde beslagdebiteur hebben gecontracteerd, nog wel verhaal hebben op het beslagen goed, verklaart hij als volgt:

"De gefailleerde verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Daarin verschilt zijn positie principieel van die van de debiteur die - expliciet of impliciet - de vordering van zijn crediteur betwist, althans rechtens (nog) niet in die toestand verkeert. Die wil en kan, rechtens gezien, in het algemeen wel nakomen maar wil dat slechts in dat concrete geval niet, omdat hij meent niets of veel minder verschuldigd te zijn. Wie daarentegen rechtens heeft opgehouden te betalen wil of kan in het algemeen niet meer nakomen, die blijkt niet langer bereid of in staat de voorwaarde voor deelname aan het ruilverkeer te onderschrijven, t.w. dat de overige deelnemers erop kunnen vertrouwen dat hij nakomt, althans na kan komen. Het ruilsysteem heeft, als uitgangspunt, een zelfregulerend karakter: de debiteur komt vrijwillig na. Als een debiteur de vordering van zijn crediteur betwist, levert dat een tijdelijke en, met name, incidentele stagnatie in het systeem op. Als een debiteur daarentegen verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, tast dat het fundament en het functioneren van het systeem als zodanig aan. Daarom kan de beslagene zeer wel in het ruilsysteem blijven functioneren, en moet hij dat ook kunnen, maar dient de gefailleerde uit dat systeem te worden verwijderd, daarom past een

regel als die van art. 24 Fw wel in het faillissement maar niet bij de bijzondere beslagen.”⁵⁰

Voorts kan worden gewezen op het feit dat een faillissement op grond van art. 14 lid 3 Fw onverwijld openbaar wordt gemaakt door vermelding van het vonnis van faillietverklaring in de Nederlandse Staatscourant en in een of meer door de Rechter-Commissaris aan te wijzen nieuwsbladen. Een schuldeiser die met een gefailleerde contracteert, wordt daarom verondersteld van het faillissement op de hoogte te zijn geweest⁵¹. Een individueel beslag daarentegen wordt niet of met een beperkter doel (vgl. art. 505 lid 1 Rv) gepubliceerd.

Beide voornoemde argumenten gaan niet op voor de schuldeisers die hiervoor zijn aangeduid onder de categorieën b en c. Waar Van der Kwaak stelt, dat een regel als die van art. 24 Fw wel in het faillissement, maar niet bij de bijzondere (individuele) beslagen past, ziet hij over het hoofd dat die bepaling blijkens haar wetsgeschiedenis⁵² ook ziet op de schuldvordering die ontstaat tengevolge van een door de schuldenaar na zijn faillietverklaring verrichte onrechtmatige daad (categorie b). Dat ook een dergelijke vordering van verificatie is uitgesloten kent slechts één rechtvaardigingsgrond: bescherming van de verhaalspositie van de ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande schuldeisers. Of de wetgever daarmee een juiste afweging van belangen heeft gemaakt, is een vraag waarover valt te twisten. In ieder geval heeft de wetgever ten aanzien van deze schuldvorderingen duidelijk bepaald dat zij niet verifieerbaar zijn.

Dat laatste geldt niet voor de schulden die weliswaar na de faillietverklaring zijn ontstaan, maar hun grondslag vinden in een daarvoor reeds bestaande rechtsverhouding (categorie c). In paragraaf 1.4.3 is reeds gesteld dat niet geheel duidelijk is wat de bedoeling van de wetgever is geweest ten aanzien van deze groep schulden. In de wet is nergens expliciet vastgelegd dat voor deze schuldvorderingen niet in het faillissement kan worden opgekomen. Een uitzondering vormt art. 128 Fw, dat specifiek betrekking heeft op na de faillietverklaring vervallen rentetermijnen.

50 Van der Kwaak, diss. blz. 223-224.

51 In de praktijk blijkt deze veronderstelling overigens niet altijd reëel.

52 Zie paragraaf 1.7.

Fundamentele is de vraag, of het belang van de ten tijde van de faillietverklaring bestaande schuldeisers om te worden beschermd in hun verhaalsmogelijkheden, voldoende rechtvaardiging oplevert voor het ongeclausuleerd⁵³ hanteren van de regel, dat schulden die na de faillietverklaring ontstaan uit hoofde van een daarvóór reeds bestaande rechtsverhouding, niet ter verificatie kunnen worden ingediend. Ik zou deze vraag ontkennend willen beantwoorden ten aanzien van de schuldvorderingen die weliswaar na de faillietverklaring zijn ontstaan, maar waarvan de materiële verschuldigdheid in overwegende mate is bepaald door de rechtsverhouding die vóór de faillietverklaring reeds bestond⁵⁴. Dergelijke schuldvorderingen zijn op het moment van de faillietverklaring reeds latent aanwezig aan de passiva-zijde van het vermogen van de gefailleerde. Reeds om die reden is het minder juist om te veronderstellen, dat het toelaten van deze latente schuldvorderingen in het verificatieproces zou leiden tot een (plotselinge) verslechtering van de verhaalspositie van de schuldeisers wier vorderingen ten tijde van de faillietverklaring al 'volwaardig' waren. Het verhaalsaspect van de paritas creditorum moet hier mijns inziens de doorslag geven. Op grond van dat beginsel hebben de ten tijde van de faillietverklaring latent aanwezige schuldeisers recht op dezelfde verhaalsmogelijkheden als de op dat moment reeds 'volwaardige' schuldeisers. Deze conclusie zal ik als uitgangspunt nemen, wanneer in paragraaf 1.7 criteria zullen worden geformuleerd ter afbakening van de drie schuldsoorten in faillissement.

1.5 Rechtvaardiging voor de bevoorrechte verhaalspositie van boedelschuldeisers

1.5.1 Inleiding

Op dezelfde wijze als in de vorige paragraaf is nagegaan waarin de rechtvaardiging is gelegen voor de achtergestelde positie van de niet-verifieerbare schuldeisers, zal in deze paragraaf worden onderzocht hoe de bijzondere positie van de boedelschuldeisers kan worden verklaard. Het ant-

53 Afgezien van de wettelijke uitzonderingen van de hiervoor besproken artt. 37a Fw, 136 lid 2 Fw en 299 (o)Fw.

54 In paragraaf 1.7 zal dit op zichzelf nog vage criterium nader concreet worden ingevuld.

woord op die vraag ligt natuurlijk besloten in het bijzondere karakter van boedelschulden, als kosten die noodzakelijkerwijs zijn gemaakt in het kader van de afwikkeling van het faillissement. Aangezien deze afwikkeling geschiedt ten behoeve van de schuldeisers die hun vorderingen ter verificatie hebben ingediend, is het niet meer dan billijk dat deze schuldeisers pas een aanspraak hebben op de boedel, nadat alle boedelschuldeisers zijn betaald. Daarnaast is de onmiddellijke aanspraak van de boedelschuldeisers op de boedel ook wenselijk en noodzakelijk, daar veel boedelschulden ontstaan doordat de curator een beroep moet doen op diensten van derden. Die zullen daartoe slechts bereid zijn wanneer zij weten, dat de curator de verplichtingen die daartegenover staan ook kan nakomen. In deze paragraaf zal ik de bijzondere positie van de boedelschuldeisers vanuit twee meer dogmatische invalshoeken benaderen.

1.5.2 *Boedelschulden als kosten van executie en vereffening*

Het ligt voor de hand om de grondslag voor de bijzondere verhaalspositie van de boedelschuldeisers allereerst te zoeken in de wet. Gedacht kan worden aan art. 3:277 lid 1 BW, waarin is bepaald dat schuldeisers verhaal hebben op de netto-opbrengst, dat wil zeggen de bruto-opbrengst minus de kosten van executie. In zijn toelichting bij het ontwerp van deze bepaling schreef Meijers:

"Het ontwerp kent het verhaal toe op de netto-opbrengst. Bij iedere vereffening of executie worden immers eerst de door de vereffenaar of de executant gemaakte kosten voldaan. Eerst dan komen de andere schulden en kosten. Zo worden dan ook bij faillissement de boedelschulden niet geverifieerd. In andere gevallen van vereffening geldt hetzelfde. Daarom kan artikel 1185 sub 1 B.W. (oud, GAJB) vervallen, en kan artikel 1195 sub 1 B.W. (oud, GAJB) worden beperkt tot de kosten van faillissementsaanvraag (zie artikel 3.10.4.1 (3:288, GAJB) sub a). Dit zijn geen eigenlijke executiekosten."⁵⁵

Uit deze toelichting lijkt te kunnen worden afgeleid dat in een faillissement de kosten van executie worden gevormd door alle boedelschulden. Nadat de boedelschulden zijn betaald resteert de netto-opbrengst, die naar onderlinge rangorde kan worden verdeeld onder de schuldeisers te wier behoeve de executie plaatsvond: de faillissementsschuldeisers. Dat strookt met het beginsel dat het faillissement een gerechtelijk beslag is op, en - in de

regel - een executie van, het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers⁵⁶, en het daarmee samenhangende uitgangspunt dat de curator optreedt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.

Hoewel art. 3:277 lid 1 BW slechts spreekt van 'kosten van executie' wordt in het kader van die bepaling ook wel de term 'kosten van vereffening' gebruikt⁵⁷. Dit doet de vraag rijzen of de kosten van vereffening op één lijn zijn te stellen met de kosten van executie, te meer omdat in art. 3:288 onder a BW aan de 'kosten ter verkrijging van vereffening buiten faillissement', een algemene preferentie wordt toegekend. In de Nota van Wijzigingen bij die bepaling schrijft de Regering echter:

"De algemene omschrijving die nu onder a is gekozen, omvat alleen de *kosten om tot vereffening te komen*, bij voorbeeld die tot aanvragen van een rangregeling als bedoeld in artikel 1107 B.W. en die tot verkrijging van boedelafschieding overeenkomstig de artikelen 1153-1157 B.W."⁵⁸ De omschrijving omvat niet ook de *kosten van de vereffening zelf*, die neerkomen op *algemene* kosten die uit de bruto-opbrengst van de goederen moeten worden voldaan ten einde de in artikel 3.10.1.2 (3:277 BW, GAJB) lid 1 bedoelde netto-opbrengst te verkrijgen en waarvoor dus in het stelsel van Boek 3 geen voorrecht nodig is (cursivering GAJB)."⁵⁹

Uit deze toelichting blijkt dat vereffeningskosten evenzeer executiekosten zijn, die op grond van art. 3:277 lid 1 BW vooraf uit de bruto-opbrengst moeten worden voldaan, teneinde de netto-opbrengst te verkrijgen. Een vereffening is echter een bijzonder soort executie. De vereffeningskosten zijn dan ook een bijzonder soort executiekosten, hetgeen reeds blijkt uit de toevoeging in de hiervoor geciteerde omschrijving, dat zij *algemene* kosten (van executie) zijn. Van vereffening is mijns inziens sprake, wanneer een vermogen als eenheid (als boedel) ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers door een rechtens daartoe aangewezen persoon (de veref-

56 Vgl. MvT bij art. 20 Fw, Van der Feltz, I, blz. 339.

57 Zie bijvoorbeeld HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 m.nt. PvS (De Ranitz q.q./Ontvanger), r.o. 3.5. Zie ook de eerder geciteerde toelichting van Meijers bij art. 3:277 BW, waarin hij naast 'executie' en 'executant' spreekt van 'vereffening' en 'vereffenaar'.

58 Ook de kosten van faillissementsaanvraag zijn *kosten om tot vereffening te komen* in de zin van art. 3:288 onder a BW, en dus geen vereffeningskosten. Dat blijkt ook uit de hiervoor geciteerde toelichting van Meijers op het ontwerp van art. 3:277 BW. Deze kosten vormen dan ook geen boedelschuld.

59 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1390.

fenaar), wordt beheerd, te gelde gemaakt en verdeeld⁶⁰. Een vereffening vindt bijvoorbeeld plaats in geval van een afwikkeling van een beneficiair aanvaarde of onbeheerde nalatenschap. Men kan ook denken aan de vereffening van het vermogen van een ontbonden rechtspersoon, waarbij de bestuurders van de rechtspersoon dan wel door de rechter aangewezen personen als vereffenaars fungeren. Ook de afwikkeling van een failliete boedel door de curator is een vereffening in voornoemde zin. Een vereffening zou men kunnen stellen tegenover de 'gewone' executie door een individuele schuldeiser. Een dergelijke executie strekt slechts ten behoeve van deze ene schuldeiser en omvat niet een vermogen als eenheid, maar slechts een of meer bestanddelen daarvan.

Het feit dat in geval van vereffening een vermogen in zijn geheel wordt geëxecuteerd, neemt niet weg dat de vereffenaar individuele bestanddelen van dat vermogen te gelde moet maken. Daarbij kunnen kosten worden gemaakt die ook bij een executie buiten geval van vereffening als executiekosten zouden worden aangemerkt. Ik meen daarom dat er bij een vereffening een onderscheid kan worden gemaakt tussen twee soorten executiekosten. Er zijn de eigenlijke executiekosten; dat zijn de kosten die als executiekosten worden aangemerkt wanneer een bepaald goed te gelde wordt gemaakt, ongeacht of dit gebeurt in het kader van een gewone executie door een individuele schuldeiser dan wel tijdens een vereffening door de vereffenaar. Daarnaast zijn er de vereffeningskosten; dat zijn dus de kosten die normaal gesproken geen executiekosten zijn, maar die, wanneer zij noodzakelijkerwijs zijn gemaakt ter vereffening van een vermogen, kunnen worden aangemerkt als kosten van executie van dat vermogen in zijn geheel⁶¹.

60 Het begrip vereffening wordt soms enger gebruikt. Zo wordt wel gesproken van 'beheer en vereffening' en van 'vereffening en verdeling'. Kennelijk ziet het begrip 'vereffening' in die betekenis slechts op het te gelde maken van activa en vallen beheers- en verdelingsactiviteiten er niet onder. Ik zou echter ook het beheer (boedelbeschrijving, het treffen van maatregelen van behoud en bewaking van de vermogensbestanddelen, etc.) en de verdeling (inventariseren van schuldeisers, opmaken van uitdelingslijst, etc.) tot de vereffening willen rekenen en de daaruit voortvloeiende kosten als 'vereffeningskosten' willen aanmerken.

61 De vereffeningskosten worden ook wel 'algemene executiekosten' of 'kosten van algemene executie' genoemd. De eigenlijke executiekosten worden in dat geval als 'bijzondere executiekosten' of 'kosten van bijzondere executie' aangeduid. Ik preferer de termen 'vereffeningskosten' ('kosten van vereffening') en 'eigenlijke executiekosten' ('kosten van eigenlijke executie'), omdat daarmee duidelijker tot uit-

Onder het begrip 'kosten van executie' in art. 3:277 lid 1 BW gaan dus twee verschillende soorten executiekosten schuil. Dat lijkt op het eerste gezicht merkwaardig, maar is historisch gemakkelijk te verklaren. Onder het oude recht berustte de voorafbetaling van de executiekosten nog op het feit dat aan deze kosten een superpreferentie was toegekend. Daarbij maakte de wet een onderscheid tussen executiekosten die betrekking hadden op de executie van één goed, en executiekosten die werden veroorzaakt door vereffening van een geheel vermogen. Art. 1185 onder 1 BW (oud) verleende aan de 'geregtskosten uitsluitend veroorzaakt door de uitwinning van eene roerende of onroerende zaak' een bijzonder voorrecht. Deze kosten, die corresponderen met de voornoemde eigenlijke executiekosten, moesten uit de opbrengst van het uitgewonnen goed boven alle andere bevoorrechte schulden en zelfs boven pand en hypotheek worden voldaan. Aan de 'geregtskosten, uitsluitend veroorzaakt door uitwinning en boedelredding' kwam op grond van art. 1195 onder 1 BW (oud) het hoogste algemene voorrecht toe, dat tevens boven pand en hypotheek ging. Dit zijn de kosten die hiervoor als vereffeningskosten zijn aangemerkt.

Door de introductie van het systeem waarin schuldeisers verhaal hebben op de netto-opbrengst die resteert nadat de executiekosten zijn voldaan, konden de artt. 1185 onder 1 BW (oud) en 1195 onder 1 BW (oud) vervallen, zo blijkt uit de eerder geciteerde toelichting van Meijers. Het nieuwe systeem leidt niet tot wezenlijk andere uitkomsten dan het oude systeem. Het heeft echter als voordeel, dat het beter tot uitdrukking brengt dat de executiekosten niet vooraan in de rangorde staan met andere schuldvorderingen, maar dat zij geheel buiten de concursus van die andere schuldvorderingen staan⁶². Zo concurreren de boedelschulden in faillisse-

drukking komt dat de laatstgenoemde kosten bij iedere vorm van executie executiekosten zijn, terwijl de vereffeningskosten slechts in het bijzondere geval van vereffening als executiekosten zijn aan te merken.

62 Vgl. MvA II bij titel 3.10 BW (algemeen), Parl. Gesch. Boek 3, blz. 845, waarin de Regering opmerkt: "In het gewijzigd ontwerp is duidelijker tot uitdrukking gebracht dat de kosten van executie (...) voor alles uit de opbrengst van de geëxecuteerde goederen moeten worden voldaan." In de MvA II bij art. 3:277 BW, Parl. Gesch. Boek 3, blz. 856, stelt de Regering dat: "(...) in het eerste (...) lid verduidelijkt (is) dat de kosten van executie voor alles uit de opbrengst van de geëxecuteerde goederen moeten worden voldaan. Slechts de netto-opbrengst staat de verhaal zoekende schuldeisers ter verdeling overeenkomstig hetgeen zij te vorderen hebben en de rangorde van hun vorderingen."

ment niet met de faillissementsschulden⁶³. Hoewel de artt. 1185 onder 1 BW (oud) en 1195 onder 1 BW (oud) dus zijn opgegaan in het nieuwe art. 3:277 lid 1 BW, blijkt uit niets dat het onderscheid tussen eigenlijke executiekosten en vereffeningskosten niet meer zou kunnen worden gemaakt. Beide soorten executiekosten vallen thans onder het begrip 'kosten van executie' in art. 3:277 lid 1 BW.

In faillissement vormen de vereffeningskosten en de eigenlijke executiekosten tezamen de boedelschulden. Korthedshalve kunnen de boedelschulden daarom worden aangeduid als 'kosten van executie en vereffening'. In de paragrafen 2.2.4⁶⁴ en 5.2⁶⁵ zal nader worden uitgewerkt hoe het verschil tussen boedelschulden die eigenlijke executiekosten zijn en boedelschulden die vereffeningskosten zijn, bij de verdeling van het boedelactief tot uitdrukking komt. In de eerstgenoemde paragraaf zal blijken, dat dit onderscheid overeen komt met het onderscheid dat binnen de groep boedelschulden wordt gemaakt tussen algemene faillissementskosten en bijzondere faillissementskosten.

1.5.3 Boedelschulden als passiva van een afgescheiden vermogen

Ongetwijfeld had de wetgever bij de totstandkoming van het oude Burgerlijk Wetboek (1838) met art. 1195 onder 1 BW (oud) ook de (algemene) kosten van faillissement⁶⁶ op het oog. Ook in de doctrine werd, in de periode waarin het faillissement nog in het derde boek van het Wetboek van Koophandel was geregeld, in deze bepaling de rechtsgrond gezocht voor voorafbetaling van de (algemene) faillissementskosten⁶⁷. Men kan zich echter afvragen of uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Faillissementswet (1893) niet blijkt, dat de wetgever een andere basis voor de voorafbetaling van de boedelschulden voor ogen had. Ik herhaal de reeds

63 Zie nader paragraaf 1.5.3.

64 Voor het geval waarin de boedel positief is; dat wil zeggen toereikend om alle boedelschulden te voldoen.

65 Voor het geval waarin de failliete boedel negatief is; dat wil zeggen niet toereikend om alle boedelschulden te voldoen.

66 Minder nadrukkelijk zal destijds met betrekking tot art. 1185 onder 1 BW (oud) zijn gedacht aan wat wij nu de bijzondere faillissementskosten noemen.

67 Vgl. Smits, die in noot 9 op blz. 7 verwijst naar literatuur en jurisprudentie onder het oude faillissementsrecht, waarin de voorrang der 'faillissementskosten' consequent werd verklaard met een beroep op art. 1195 onder 1 BW (oud).

eerder geciteerde omschrijving door de Regering van het begrip 'boedelschuld':

"Boedelschuld () staat tegenover schuld des gefailleerden. Boedelschulden zijn die schulden, welke eene onmiddellijke aanspraak op den boedel geven, welke, als komende ten laste van den curator in zijne qualiteit, door deze onmiddellijk uit den boedel moeten worden voldaan, zonder dat daarvoor verificatie noodig is."⁶⁸

Uit deze omschrijving blijkt dat de boedelschuldeisers een bijzondere positie innemen ten opzichte van de faillissementsschuldeisers. Boedelschuldeisers staan niet vooraan in de rij, maar blijven geheel buiten de concursus van de faillissementsschuldeisers. Deze bijzondere positie komt tot uitdrukking in het feit dat de bepalingen van de Faillissementswet primair zien op de faillissementsschuldeisers en niet op de boedelschuldeisers. Boedelschuldeisers kunnen in weerwil van art. 26 Fw hun vorderingen onmiddellijk op de boedel verhalen zonder deze ter verificatie in te dienen en zonder op een uitdelingslijst te moeten wachten. Zij kunnen gebruik maken van alle gewone rechtsmiddelen; ze kunnen conservatoir en executoriaal beslag leggen onder de curator en tot uitwinning overgaan. De regel van art. 33 Fw, dat naast het algehele faillissementsbeslag geen plaats is voor een tweede individueel beslag, ziet slechts op de faillissementsschuldeisers⁶⁹. De boedelschuldeisers staan, kortom, geheel buiten het faillissement.

De vraag is of aan deze positie recht wordt gedaan, wanneer de boedelschulden worden aangemerkt als executiekosten. Onder het huidige recht kan deze vraag zonder meer bevestigend worden beantwoord. De voorafbetaling van de executiekosten vloeit voort uit de regel van art. 3:277 lid 1 BW, dat verdeeld wordt de netto-opbrengst, te weten de bruto-opbrengst minus de kosten van executie. In dit systeem komt goed tot uitdrukking dat de boedelschulden, als zijnde executiekosten, geheel buiten de rij van

68 MvT art. 25-30 Fw, Van der Feltz, I, blz. 384. Zie ook de (door de Regering als juist aangemerkte) omschrijving van de Raad van State, Van der Feltz, I, blz. 385.

69 Het feit dat de bepalingen van de Faillissementswet niet zien op de boedelschuldeisers, betekent omgekeerd dat de boedelschuldeisers aan die bepalingen ook geen rechten kunnen ontleenen. Zo kan een boedelschuldeiser niet op de voet van art. 184 Fw in verzet komen tegen de uitdelingslijst (vgl. HR 17 maart 1930, NJ 1930, blz. 468 m. nt. E. M. M.). Evenmin kan een boedelschuldeiser ex art. 69 Fw bij de Rechter-Commissaris opkomen tegen een handeling van de curator.

faillissementsschulden staan, die immers slechts verhaal geven op de netto-opbrengst.

Onder het oude BW was deze redenering echter niet mogelijk. In paragraaf 1.5.2 is gebleken, dat de voorrang van de vereffeningskosten en van de eigenlijke executiekosten toen berustte op het feit, dat aan deze kosten de hoogste respectieve voorrechten waren toegekend. Ging men er onder het oude recht reeds van uit dat de boedelschulden vereffeningskosten of eigenlijke executiekosten waren, dan gingen zij slechts in rang boven de faillissementsschulden omdat zij hoger bevoorrecht waren. In feite werden de boedelschuldeisers in dat systeem behandeld als 'primus inter pares'. Reeds in 1850, dus nog vóór de totstandkoming van de huidige Faillissementswet in 1893, werd dit probleem door Holtius opgemerkt:

"Art. 863⁷⁰ is in overeenstemming met art. 1195 No. 1. van het Burg. Wetb.; doch is het niet geheel onpraktisch te herinneren, dat de zaak eigenlijk anders moet gedacht worden. De houders van zulke (GAJB: boedel)vorderingen (...) staan niet in rei en gelid met de schuldeischers, zij staan tegen hen over (...)"⁷¹

Voor Smits was dit aanleiding om te stellen, dat de voorrang van de (algemene) faillissementskosten niet moest worden gebaseerd op art. 1195 onder 1 BW (oud), maar op het feit dat zij boedelschulden zijn, waaraan een bijzonder karakter toekomt. Zo stelt hij:

"(...) dat de geaardheid der *boedel*verbintenissen van den schuldenaar, juist wat het verhaalsrecht van den schuldeischer betreft, verschillend is van die van de verbintenissen jegens de faillissementsschuldeischers. De boedelvorderingen komen met hun verhaalsrecht op den boedel dit vermogen als bevredigingsobject voor de vroegere schuldeischers bezwaren. Zij moeten daaruit vóór en onafhankelijk van de bevrediging dezer schuldeischers worden voldaan."⁷²

70 Art. 863 WvK (oud), waarvan het eerste lid luidde: "De curators worden als eerst bevoorrechte schuldeischers op de geheele opbrengst gerangschikt voor de kosten op het faillissement gevallen, hun loon daaronder begrepen".

71 A.C. Holtius, *Nederlandsche Faillitenregt volgens het derde Wetboek van Koophandel*, Utrecht 1850, blz. 404-405.

72 Smits, blz. 6 e.v.; het aangehaalde citaat staat op blz. 15. Smits heeft navolging gekregen van A-G Eggers die in zijn conclusie voor HR 21 december 1951, NJ 1952, 563 ten aanzien van loon- en andere kosten van de curator opmerkt: "Deze kosten kunnen we tegenwoordig, nu ze beheerst worden door de bepaling van art. 182 Fw., boedelschulden noemen, en, met Smits (...) in de eigen aard dier schulden een basis vinden voor de 'begunstigde positie der algemeene faillissementskosten'. Zo ook het oordeel van het Hof in de procedure die tot het genoemde arrest

In deze visie van Smits vloeit de bijzondere verhaalspositie van de boedel-schuldeisers voort uit het eigen karakter van de boedelschulden. Ribbius gaat nog een stap verder. Ook hij verwerpt de opvatting dat de voorafbetaling van de faillissementskosten berust op art. 1195 onder 1 BW (oud)⁷³. Uit de hiervoor geciteerde omschrijving van het begrip boedelschuld door de Regering leidt hij het volgende af:

"Boedelschulden hebben voorrang boven alle andere schuldvorderingen omdat het ander soort schulden zijn, schulden ten laste van een ander dan de gewone schuld-vorderingen. Het zijn schulden van den faillieten boedel, niet schulden van den ge-failleerde. De boedel betaalt eerst zijn eigen schulden, die hij zelf heeft gemaakt; daarna eerst de schulden van een ander, van den failliet"⁷⁴

Begrijp ik Ribbius goed, dan ziet hij de boedel kennelijk niet als bijzonder verhaalsobject, maar als rechtssubject; als zelfstandig drager van rechten en plichten. De boedel is in zijn visie schuldenaar van de boedelschulden, niet de gefailleerde. Voor deze opvatting van Ribbius kan aansluiting worden gezocht bij de opvatting dat de boedel rechtspersoon is. Dat standpunt is verdedigd door Loeff⁷⁵, die steun heeft gekregen van Oven⁷⁶. Loeff meent dat, wanneer de boedel als rechtspersoon wordt beschouwd, een gemakke-lijker inzicht wordt geboden in allerlei ingewikkelde verschijnselen in fail-lissement, waaronder de betaling van de boedelschulden vóór de faillisse-mentsschulden. Hij vergelijkt de boedel met een naamloze vennootschap:

"() de curator onder toezicht van rechter-communissaris en rechtbank komt dan over-een met een directeur, wiens beleid commissarissen hebben te controleren; de boedelschuldeisers zijn schuldeisers van den rechtspersoon en zij, die een te

van de Hoge Raad leidde "dat onder de kosten van genoemd artikel 1195 1e B W dus niet vallen de onkosten en het salaris van den curator in een faillissement, immers deze kosten als boedelkosten geheel buiten de rangregeling van de verdeling onder de schuldeisers vallen (artikel 182 Fw)" Zie tenslotte ook Asser-Mijnssen, Zakenrecht III (1986), nr 20, waarin wordt gesteld dat de algemene fail-lissementskosten, hoewel ze corresponderen met art 1195 onder 1 BW (oud), aan deze bepaling zijn onttrokken nu zij worden beheerst door de afzonderlijke rege-ling van art 182 Fw. Dat deze laatste stelling onjuist is, zal ik betogen in paragraaf 2.2.4. Zie overeenkomstig mijn opvatting ook E.J.J. van der Heijden, Handelingen NJV 1935, blz 41 e.v. en C.W. Star Busmann, Faillissementskosten, W 12930 (1935), blz 1-2.

73 Overigens op verkeerde gronden, zie paragraaf 5.2.1.

74 H.R. Ribbius, De regeling der uitgaven in het faillissement, R.M. 1909, blz 472.

75 Loeff, blz 15 e.v.

76 J.C. van Oven, Faillissementskosten, NJB 1935, blz 356-358.

verifiëren schuldvordering op den gefailleerde hebben, staan gelijk met aandeelhouders, die eerst iets kunnen ontvangen, nadat de schuldeischers van den rechtspersoon zijn voldaan of kunnen worden voldaan en evenals men onderscheidt preferente en gewone aandelen is ook tusschen de te verifiëren schuldeischers verschil in rang; de gefailleerde ten slotte staat gelijk met den houder van een winstbewijs, dat recht geeft op het geheele overschot, nadat de aandeelhouders 100 pct. van hun aandeel hebben ontvangen. Deze opvatting maakt dus een scherp onderscheid mogelijk tusschen de rechten van de boedelschuldeischers (art. 25 F.w.), van de te verifiëren schuldeischers (art. 26 F.w.) en de rechten van den gefailleerde na de vereffening.⁷⁷

Voordat ik Loeffs opvatting aan een kritische beschouwing onderwerp, dient eerst de vraag te worden beantwoord of het überhaupt wel mogelijk is om rechtspersoonlijkheid aan te nemen zonder een uitdrukkelijke wetsbepaling. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. Boek 2 BW gaat weliswaar uit van een gesloten systeem van rechtspersonen, maar dit betekent slechts dat rechtspersoonlijkheid uit het objectieve recht moet volgen en dus niet uitsluitend kan worden aangenomen op grond van de wil van betrokken partijen. De opsomming van privaatrechtelijke rechtspersonen in art. 2:3 BW is dan ook bedoeld als limitatief in die zin, dat andere privaatrechtelijke figuren slechts rechtspersoonlijkheid hebben indien dit met zoveel woorden in de wet is bepaald of uit de wettelijke regeling volgt⁷⁸. Men mag dus niet stellen, dat als rechtspersonen slechts kunnen gelden de door de wet als zodanig aangeduide figuren⁷⁹. Ook andere wettelijk geregelde figuren kunnen rechtspersoon zijn, indien de wettelijke regeling aldus moet worden geïnterpreteerd, dat zij rechtspersoonlijkheid impliceert⁸⁰.

Zo is in het verleden een discussie gevoerd over de vraag, of de vennootschap onder firma (hierna: v.o.f.) als rechtspersoon moest worden aangemerkt. Het is daarom nuttig om de aanspraak van de boedelschuldeisers

77 Loeff, blz. 16.

78 Vgl. Rechtspersonen, J.B. Huizink, art. 3, aantekening 2. Zie voorts de parlementaire geschiedenis aangehaald in Maeijer/Schreurs, Parlementaire geschiedenis rechtspersonen- en vennootschapsrecht, Alphen aan den Rijn 1991, blz. 30-31, alsmede de rede van regeringscommissaris J. Drion in de Tweede Kamer bij de behandeling van de vaststellingswet van Boek 2 van het nieuwe BW, Parl. Gesch. Boek 2 BW, blz. 46.

79 Vgl. P. van Schilfgaarde, Rechtspersonen, Algemeen deel, tweede druk, Deventer 1979, blz. 19-20.

80 Vgl. Asser-Van der Grinten II (De rechtspersoon), nr. 184.

en faillissementsschuldeisers op de failliete boedel te vergelijken met de verhaalspositie van diverse schuldeisers op het vennootschapsvermogen van een v.o.f. Ook bij de v.o.f. kunnen twee groepen schuldeisers worden onderscheiden. Enerzijds zijn er schuldeisers van de vennoten of van een van hen in hun hoedanigheid van vennoot, en anderzijds zijn er schuldeisers wier vorderingen een of meer vennoten als privé-persoon betreffen. Eerstbedoelde schuldeisers noemt men 'vennootschapsschuldeisers' of 'zaaksschuldeisers', de laatsten 'privé-schuldeisers' of 'personele schuldeisers'.

In zijn arrest van 26 november 1897, W. 7047 (1897) (Boeschoten/Besier) heeft de Hoge Raad voor het eerst aanvaard, dat het vermogen van de v.o.f. moet worden gekwalificeerd als een van de privé-vermogens van de vennoten afgescheiden vermogen. Pas nadat de vennootschap is ontbonden en alle vennootschapsschuldeisers zijn betaald, kunnen de vennoten of hun privé-schuldeisers scheiding en deling van het afgescheiden vermogen vorderen. Door deze scheiding en deling wordt het eventueel resterende saldo toegevoegd aan de privé-vermogens van de vennoten, waarop de privé-crediteuren zich kunnen verhalen. In het huidige recht is deze regeling vastgelegd in de artt. 3:192 en 3:193 BW. Deze bepalingen zijn opgenomen in afd. 3.7.2. BW die van toepassing is op de in art. 3:189 lid 2 limitatief opgesomde bijzondere gemeenschappen⁸¹.

Afgescheiden vermogens komen ook buiten de (bijzondere) gemeenschappen van goederen voor. Bij een boedelafscheiding zoals we die in het erfrecht kennen (artt. 4:1153 en 1154 BW), kan evenzeer een afgescheiden vermogen worden aangenomen, terwijl daar slechts één gerechtigde optreedt. Gedacht kan ook worden aan de executie-opbrengst die, in afwachting van een rangregeling, in gerechtelijke bewaring is gesteld bij een instelling in de zin van art. 445 Rv. Voorts noem ik als voorbeelden van afgescheiden vermogens het onder bewind gestelde vermogen en de kwaliteitsrekening⁸².

81 Deze bijzondere gemeenschappen zijn: de ontbonden maatschap, de ontbonden vennootschap (waaronder de v.o.f.), de ontbonden rederij, de nalatenschap, de ontbonden huwelijksgemeenschap en de gemeenschap van een gebouw waarvan splitsing in appartementsrechten is opgeheven.

82 Vgl. C.Æ Uniken Venema, Eigendom ten titel van beheer, preadvies Vereniging Handelsrecht, Zwolle 1990, blz. 196 e.v. en N.E.D. Faber, Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, in: *Vertrouwd met de*

Waarom neemt men bij deze rechtsfiguren een afgescheiden vermogen aan? Omdat in al deze gevallen een of meer actieve vermogensbestanddelen van één (rechts)persoon voor een bepaald doel verenigd zijn, en wel op zodanige wijze dat deze vermogensbestanddelen een bijzonder verhaals-object vormen voor de voldoening van bepaalde vorderingen⁸³. Daarmee wordt een uitzondering gemaakt op het verhaalsaspect van het gelijkheidsbeginsel, waaruit volgt dat alle schuldeisers (gelijkelijk) hun vorderingen op alle goederen van hun debiteur kunnen verhalen (art. 3:276 BW)⁸⁴. Een afgescheiden vermogen is dus altijd een doelvermogen. Het doel kan bijvoorbeeld zijn het voeren van een onderneming (niet ontbonden openbare vennootschap), het beheer van vermogen (bewind, in afwachting van een rangregeling in bewaring gegeven executieopbrengst, kwaliteitsrekening) of de vereffening van vermogen (nalatenschap, de ontbonden openbare vennootschap, de ontbonden huwelijksgemeenschap en de failliete boedel).

Uit de aanwezigheid van een afgescheiden vermogen mag nog niet worden afgeleid dat er sprake is van rechtspersoonlijkheid. Daarvoor is meer nodig. Een rechtspersoon is immers een zelfstandig subject van rechten en verplichtingen. Geen van de hiervoor genoemde figuren is rechtssubject. Zo zijn de vennoten van een v.o.f. rechthebbenden op het vennootschapsvermogen. Het vennootschapsvermogen vormt dus niet een vermogen in strikt juridische betekenis, namelijk het geheel van rechten en plichten van één persoon. De rechtspraak erkent wel een zekere zelfstandigheid van het vennootschapsvermogen, maar weigert de vennootschap onder firma als rechts- en plichtssubject van dat vermogen te erkennen. Ook in de literatuur ontkent het merendeel van de schrijvers de rechtspersoonlijkheid van de v.o.f.⁸⁵.

Trust, Deventer 1996, blz. 195-262.

83 Vgl. E.M. Meijers, *De Algemene leer van het Burgerlijk Recht*, deel I, *Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden 1948, blz. 187 en N.E.D. Faber, a.w., blz. 197 e.v.

84 Dat het bepaalde in art. 3:276 BW echter niet aan het aannemen van een afgescheiden vermogen in de weg hoeft te staan, is reeds betoogd door N.E.D. Faber, a.w., blz. 233 e.v.

85 Zie voor een overzicht van rechtspraak en literatuur waarin de constructie van de v.o.f. als rechtspersoon wordt verworpen Asser-Van der Grinten II (*De rechtspersoon*), nr. 200.

Volgens Meijers⁸⁶ is de aanwezigheid van een afgescheiden vermogen weliswaar het krachtigste motief om een rechtspersoon aan te nemen, maar is dat niet de enige voorwaarde. Redenerend vanuit een algemene rechtsleer, is volgens hem voor het aannemen van rechtspersoonlijkheid vereist, dat naast

- (a) de aanwezigheid van een afscheiden vermogen,
- (b) dit vermogen beschouwd moet worden de belangen te dienen die afgescheiden zijn van die van bijzondere personen, en
- (c) in die belangen enige stabiliteit bestaat, dat wil zeggen dat er meer moet zijn dan een kortstondige behoeftebevrediging.

Voortredenerend op de door Meijers uitgezette lijn, zou men kunnen stellen dat het aanvaarden van een afgescheiden vermogen een soort 'tussenstation' is, tussen de ene uiterste situatie, waarin vermogensbestanddelen en schulden die daarmee verband houden niet een doelvermogen vormen dat als afgescheiden van het overige vermogen van een rechtssubject kan worden beschouwd, en de andere uiterste situatie, waarin de afscheiding van een doelvermogen zo volmaakt is, dat kan worden gesproken van een zelfstandig rechtssubject: een rechtspersoon. Aldus kunnen drie categorieën rechtsfiguren worden onderscheiden⁸⁷:

1. Rechtsfiguren die aan geen van de genoemde rechtspersoonlijkheidsvereisten voldoen. In dit geval kunnen alle schuldeisers zich zonder beperking verhalen op de vermogensbestanddelen van hun schuldenaar, met inachtneming van ieders rang bij de verdeling van de executie-opbrengst. Als voorbeeld kan worden genoemd het bedrag dat een curator ex art. 57 lid 3 Fw heeft geïnd van een separaat executerende separatist, ten behoeve van een schuldeiser die hoger bevoorrecht is dan de separatist. Hoewel een zekere relatie bestaat tussen het bedrag dat aldus in de boedel is gekomen en de schuld jegens de hoger bevoorrechte schuldeiser, kan niet worden gesproken van een doelvermogen dat van het overige failliete vermogen is afgescheiden. Een dergelijk bedrag vormt geen bijzonder verhaalsob-

⁸⁶ E.M. Meijers, a.w., blz. 187 e.v.

⁸⁷ Zie ook J.F.M. Janssen, Dient naar komend recht aan de openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid te worden toegekend?, WPNR 5811-5812 (1987), blz. 17-22 en blz. 33-38.

ject voor die ene hoger bevoorrechte schuldeiser, maar dient onder alle schuldeisers overeenkomstig hun rang te worden verdeeld.

2. Rechtsfiguren die weliswaar een afgescheiden vermogen hebben, maar niet voldoen aan de overige voorwaarden voor het aannemen van rechtspersoonlijkheid. Alle hiervoor genoemde figuren waarin wel is voldaan aan voorwaarde a dat er sprake is van een afgescheiden vermogen, voldoen niet aan de voorwaarden b en/of c. Dat bijvoorbeeld de v.o.f. niet aan voorwaarde b voldoet, blijkt uit het feit dat het voortbestaan van de vennootschap afhankelijk is van gebeurtenissen die niet haarzelf raken, maar de vennoten. Zo veroorzaakt het faillissement van een vennoot de ontbinding van de v.o.f. (art. 7A:1683 onder 4 BW).
3. Rechtsfiguren die aan alle genoemde voorwaarden voldoen en dus rechtspersoon zijn. Voorbeelden zijn de besloten en naamloze vennootschap. De afscheiding van het vennootschapsvermogen als doelvermogen is volmaakt. De vennootschap is niet een rechtsobject dat van de privé-vermogens van de aandeelhouders is afgescheiden, maar zij is een zelfstandig rechtssubject.

In welke categorie valt nu de failliete boedel? Het antwoord kan niet anders luiden dan dat zij in categorie 2 valt. De failliete boedel kan wel als afgescheiden vermogen worden aangemerkt, waarop de boedelschuldeisers een bijzondere verhaalspraak hebben, maar zij is geen rechtspersoon⁸⁸. Volgens de algemene rechtsleer van Meijers⁸⁹ pleit daartegen, dat de goederen die onder het faillissementsbeslag vallen, de belangen van de gefailleerde en die van de schuldeisers op gelijke wijze blijven dienen als dit vóór het faillissement het geval was. Bovendien is het doel van het faillissement slechts een eenmalige executie.

In meer positiefrechtelijke zin pleit tegen het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de failliete boedel, dat zulks nooit in de rechtspraak is aanvaard en dat ook de regeling die op de failliete boedel in het bijzonder van toepassing is - de Faillissementswet - daarvoor geen reële aankno-

88 De constructie van de boedel als rechtspersoon wordt ook verworpen door M. Polak/N.J. Polak, blz. 337-339.

89 E.M. Meijers, a.w., blz. 193.

pingspunten biedt. De constructie van de failliete boedel als rechtspersoon roept allerlei vragen op. Hoe zou bijvoorbeeld moeten worden verklaard, dat een rechtspersoon ontstaat doordat van rechtswege een algemeen beslag op het vermogen van een schuldenaar komt te rusten? Houdt de vermeende rechtspersoon weer plotseling op te bestaan, nadat het faillissement door opheffing of vereffening is beëindigd? Wie is na opheffing van het faillissement wegens gebrek aan baten, aansprakelijk voor onvoldane boedelschulden? Waarom kan de boedel niet failliet worden verklaard?⁹⁰ Zijn de algemene bepalingen van titel 2.1 BW op de failliete boedel van toepassing? Wanneer de failliete boedel als rechtspersoon moet worden gezien, geldt dit dan ook voor de boedel in geval van surséance van betaling, en zo nee, waarom daar dan niet? Deze en talloze andere vragen rijzen, wanneer de failliete boedel als rechtspersoon zou worden aangemerkt.

Het meest wezenlijke argument tegen de opvatting dat de boedel als rechtspersoon moet worden aangemerkt is echter, dat een van de wezenlijke kenmerken van een rechtspersoon, namelijk dat hij een eigen vermogen bezit c.q. kan bezitten, bij de failliete boedel is uitgesloten. De schuldenaar blijft immers eigenaar van het door het faillissement getroffen vermogen⁹¹;

90 Vgl. HR 26 april 1923, NJ 1923, blz. 833. Zie ook de noot van E.M. Meijers onder HR 17 maart 1930, NJ 1930, blz. 468. In deze noot onderschrijft Meijers het oordeel van de Hoge Raad, dat de faillissementscurator in zijn hoedanigheid niet in staat van faillissement kan worden verklaard. Als argument daarvoor draagt hij aan dat zonder uitdrukkelijke wetbepaling slechts een (rechts)persoon failliet kan worden verklaard, hetgeen de failliet boedel niet is. Zo ook Völlmar, blz. 846.

91 Zie voor een merkwaardige variant J. Eggens, Over de vertegenwoordigingspositie van den faillissementscurator, WPNR 3684 (1940), blz. 329-332. Eggens merkt op dat na de faillietverklaring de failliet weliswaar eigenaar is gebleven, maar dat hij te gelden heeft als 'beslagen eigenaar'. De 'volle' eigendom van de boedel komt volgens hem toe aan de gefailleerde en de schuldeisers tezamen en wel als eenheid. Deze eenheid merkt hij aan als een "wettelijke vereniging van de gezamenlijke schuldeisers enerzijds en de gefailleerde anderzijds, gezamenlijk". In noot 2 op blz. 330 merkt hij op, dat wij deze wettelijke vereniging rechtspersoon mogen noemen. Het verschil tussen de opvattingen van Loeff en Eggens is, dat Loeff de boedel als subject van een rechtspersoon ziet, terwijl Eggens de boedel als object van een rechtspersoon ziet. De opvatting van Eggens wordt - mijns inziens terecht - verworpen door H.C.F. Schoordijk, Als vertegenwoordiger van wie treedt de faillissementscurator op?, in: Goed en Trouw (Van der Grinten-bundel), Zwolle 1984, blz. 531-542. Zie over deze problematiek ook S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?, in: De curator, een octopus, Deventer 1996, blz. 139-172.

hij blijft de gerechtigde en de verschuldigde persoon⁹². Loeff⁹³ meent dat dit niet belet dat het beschikkingsrecht volledig, zij het voor een bepaald doel, aan een derde (een rechtspersoon) kan toekomen, en dat dit beschikkingsrecht een belangrijk vermogensrecht is. Dit roept bij mij echter de vraag op, welke zin het heeft om de failliete boedel als rechtspersoon te beschouwen, wanneer de bevoegdheid om over het vermogen van een ander te beschikken het enige vermogensbestanddeel van deze rechtspersoon zou zijn.

De failliete boedel of de curator in zijn hoedanigheid kan geen rechthebbende op een vordering zijn. De curator beheert en beschikt over het vermogen van de gefailleerde. Onjuist is naar mijn mening dan ook de door sommigen verdedigde opvatting, dat een vordering op de gefailleerde niet kan worden verrekend met een schuld op grond van een door de curator met succes ingeroepen *actio pauliana*, omdat laatstgenoemde schuld geen schuld zou zijn aan de gefailleerde maar aan de curator, en dus niet aan het wederkerigheidsvereiste zou zijn voldaan⁹⁴. De vernietiging van een paulianeuze rechtshandeling brengt met zich mee dat de gefailleerde onverschuldigd heeft betaald⁹⁵. Er ontstaat derhalve een vordering die in het actieve vermogen van de gefailleerde valt⁹⁶. Weliswaar komt slechts aan de curator de bevoegdheid toe de paulianeuze rechtshandeling te vernietigen en werkt deze vernietiging slechts ten behoeve van de boedel, maar daaruit mag niet worden afgeleid dat de curator of de boedel als rechthebbende tot de daaruit voortvloeiende vordering kan worden aangemerkt. Immers, in welk vermogen zou een dergelijke vordering dan vallen?

Loeff⁹⁷ stelt verder:

92 Vgl. MvT op art. 25 Fw, Van der Feltz, I, blz. 371.

93 Loeff, blz. 17-19. Zie ook J.C. van Oven, Faillissementskosten, NJB 1935, blz. 356.

94 Aldus J.B. Huizink, Pauliana en verrekening, TvI 1995/1, blz. 18-19; F.M.J. Verstijlen, De afwikkeling van de faillissementspauliana en het beroep op verrekening, Bb. 1994, blz. 238-240 en P. van Schilfgaarde in zijn noot onder HR 30 september 1994, NJ 1995, 626 (Kuijsters/Gaalman q.q.).

95 Art. 51 lid 1 Fw verwijst naar afdeling 6.4.2 BW waarin de onverschuldigde betaling is geregeld.

96 In deze zin ook S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber in hun noot onder HR 30 september 1994 (Kuijsters/Gaalman q.q.) in AA 1995, blz. 124-133, zie met name nr. 14 op blz. 131 e.v. Zie ook het nawoord van Kortmann en Faber bij de reactie van Huizink in AA 1995, blz. 773-774.

97 Loeff, blz. 18.

"Wel zou de voorgestane constructie van rechtspersoonlijkheid van den faillieten zeer wankel zijn, zoo de algemeene faillissementskosten beschouwd zouden moeten worden als schulden van den gefailleerde, maar daarover wordt juist getwijfeld (...)."

Dat de algemene (en overigens ook de bijzondere) faillissementskosten schulden van de gefailleerde zijn, lijdt mijns inziens geen twijfel. Uit het feit dat de gefailleerde schuldenaar eigenaar blijft van zijn door het faillissement getroffen vermogen, volgt immers dat hij als drager van alle rechten en verplichtingen die daartoe behoren, ook na de faillietverklaring drager blijft van de verplichtingen die in verband met de afwikkeling van het faillissement zijn ontstaan.

Mijn conclusie is derhalve, dat het denken in rechtspersoonlijkheidstermen weliswaar behulpzaam kan zijn om inzicht te verkrijgen in een aantal verschijnselen in faillissement, maar dat de stap, waarmee de failliete boedel rechtspersoonlijkheid wordt toegekend, daarvoor niet daadwerkelijk *mag* en ook niet *hoeft* te worden genomen. Veel verschijnselen, waaronder met name de bijzondere verhaalspositie van de boedelschulden ten opzichte van de faillissementsschulden, kunnen worden verklaard vanuit de gedachte, dat de boedel een van het overige vermogen van de gefailleerde afgescheiden vermogen vormt⁹⁸. Ook het failliete vermogen is immers een doelvermogen; het is bestemd voor vereffening. De schuldvorderingen die bij het realiseren van dat doel worden gemaakt - de boedelschulden - geven een bijzondere verhaalspraak op dat doelvermogen. De failliete boedel is dus te vergelijken met andere - hiervoor reeds genoemde - afgescheiden vermogens, in het bijzonder die vermogens die zijn afgescheiden met het doel om te worden vereffend.

Waaruit bestaat het afgescheiden vermogen in faillissement? Om verwarring te voorkomen wordt vooropgesteld, dat hier met het begrip 'vermogen' een vermogen in bedrijfseconomische zin wordt bedoeld, dat wil

98 In deze zin ook Smits, blz. 15; M. Polak/N.J. Polak, blz. 337; S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, AA 1995, blz. 128, 132, 572 en 774; dezelfde schrijvers in 'Honderd jaar Faillissementswetgeving', Tvl 1996/5, blz. 131-132 alsmede in hun opstel 'De faillissementscurator: een vertegenwoordiger of niet?', in: De curator, een octopus, blz. 145; Van Galen, WPNR 1996, blz. 415 en N.E.D. Faber, Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, in: Vertrouwd met de Trust, Deventer 1996, paragraaf 2.2.3.

zeggen: een geheel van activa en passiva⁹⁹. Uitgangspunt is het vermogen van de gefailleerde, dat dus wordt gevormd door alle rechten en verplichtingen van de gefailleerde. Tengevolge van het faillissement wordt dit vermogen als het ware in twee vermogens gesplitst, te weten een afgescheiden vermogen en een niet afgescheiden vermogen, die beide weer (kunnen) bestaan uit activa en passiva.

Aan de actiefzijde van het afgescheiden vermogen dat wij de failliete boedel noemen, vallen alle goederen van de gefailleerde die onder het faillissementsbeslag vallen. Daartoe behoren in beginsel alle goederen van de gefailleerde ten tijde van de faillietverklaring, alsmede de goederen die hij gedurende het faillissement verwerft (art. 20 Fw). Deze goederen zijn door het faillissement bestemd om te worden beheerd, te gelde gemaakt en verdeeld (kortweg: vereffend). De schulden die bij de verwezenlijking van dat doel worden gemaakt, de boedelschulden, vormen de passiva van het afgescheiden vermogen. De overige activa en passiva uit het vermogen van de gefailleerde vormen tezamen het niet-afgescheiden vermogen. Aan de actiefzijde zijn dit de goederen die ingevolge art. 21 Fw buiten het faillissement blijven. De passiva van het niet-afgescheiden vermogen bestaan uit de faillissementsschulden en de niet-verifieerbare schulden.

Uit deze zienswijze volgt de conclusie dat de boedelschulden als eerste uit het boedelactief moeten worden voldaan, omdat zij zijn gemaakt ter verwezenlijking van hetzelfde doel als waarvoor het boedelactief is afgescheiden van het overige vermogen van de gefailleerde: de vereffening. Boedelschulden zijn in dit opzicht te vergelijken met bijvoorbeeld de vennootschapsschulden van een v.o.f. Deze vennootschapsschulden geven - zoals vermeld - een bijzondere verhaalspraak op het actieve vennootschapsvermogen, omdat zij zijn gemaakt ter verwezenlijking van hetzelfde doel als waarvoor het actieve vennootschapsvermogen is afgescheiden van de privé-vermogens van de vennoten: het voeren van een onderneming.

⁹⁹ In art. 20 Fw wordt het begrip 'vermogen' in een andere betekenis gebruikt; daaronder vallen slechts de actieve vermogensbestanddelen (goederen) van de gefailleerde.

1.5.4 Verband tussen beide benaderingen

In de paragrafen 1.5.2 en 1.5.3 is de bijzondere verhaalspositie van de boedelschuldeisers vanuit twee verschillende invalshoeken benaderd. Gebleken is dat de boedelschulden kunnen worden aangemerkt als kosten van executie en vereffening, die op grond van art. 3:277 lid 1 BW vooraf uit de bruto-opbrengst moeten worden voldaan, waarna de netto-opbrengst restteert die kan worden verdeeld onder de faillissementsschuldeisers. Daarnaast heb ik verdedigd dat de boedel kan worden aangemerkt als een afgescheiden vermogen, met aan de actiefzijde de goederen die in het faillissement vallen en aan de passiefzijde de boedelschulden. De reden waarom de boedel als afgescheiden vermogen kan worden beschouwd en waardoor de boedelschulden een bijzondere aanspraak geven op de boedelactiva, is gelegen in het doel waarvoor die boedelactiva zijn bestemd en waardoor de boedelschulden zijn veroorzaakt. Dit doel is vereffening en de kosten die daarbij ontstaan zijn de kosten van executie en vereffening. Daarmee is een rechtstreeks verband gelegd tussen mijn stellingen dat de boedelschulden kunnen worden aangemerkt als kosten van executie en vereffening alsmede als passiva van een afgescheiden vermogen. Dit verband is als volgt te formuleren: wanneer vereffening het doel is waarvoor een vermogen wordt afgescheiden, vormen de kosten van executie en vereffening de passiva van dat afgescheiden vermogen.

1.6 Tussenbalans

In paragraaf 1.3 formuleerde ik de volgende probleemstelling: welke criteria moeten worden gehanteerd om in een concreet geval te kunnen vaststellen of een bepaalde schuld moet worden aangemerkt als faillissementsschuld, als niet-verifieerbare schuld of als boedelschuld? Daarbij nam ik als uitgangspunt dat zoveel mogelijk schuldvorderingen tot de faillissementsschulden moeten worden gerekend. Door een schuld als niet-verifieerbare schuld of als boedelschuld te kwalificeren, wordt een uitzondering gemaakt op het verhaalsaspect van het gelijkheidsbeginsel. In de vorige twee paragrafen heb ik onderzocht wanneer zulke uitzonderingen gerechtvaardigd zijn. In paragraaf 1.4 kwam ik tot de conclusie dat een na de faillietverklaring ontstane schuld slechts als niet-verifieerbare schuld mag worden aangemerkt, wanneer de materiële verschuldigdheid voornamelijk is bepaald door omstandigheden die zich na de faillietverklaring

hebben voorgedaan. In paragraaf 1.5 is betoogd dat als boedelschulden slechts die schulden zijn aan te merken, die kunnen worden toegerekend aan het doel van het faillissement, de vereffening, en daarom als kosten van executie en vereffening kunnen worden aangemerkt. In de volgende paragraaf zal ik deze bevindingen omzetten in concrete criteria, aan de hand waarvan de drie soorten schulden in faillissement kunnen worden afgebakend.

1.7 Criteria voor de afbakening van de drie soorten schulden in faillissement

Reeds in het begin van dit hoofdstuk is geconstateerd dat het afbakeningsprobleem slechts speelt ten aanzien van schulden die na de faillietverklaring zijn ontstaan. Voor schulden die vóór de faillietverklaring zijn ontstaan, geldt het volgende eenvoudige criterium:

Criterium I:

Een schuld die bestaat op het moment der faillietverklaring is een faillissements-schuld.

Op deze regel geldt een beperkt aantal uitzonderingen, op grond waarvan een schuld die weliswaar vóór faillissement is ontstaan, toch als boedelschuld moet worden aangemerkt. Ik noem hier de twee belangrijkste uitzonderingen¹⁰⁰.

Een eerste uitzondering vloeit voort uit de wens van de wetgever om een surséance van betaling en een direct, dat wil zeggen binnen een maand na de beëindiging van de surséance, daaropvolgend faillissement, zoveel mogelijk als één geheel te behandelen. De consequenties daarvan zijn vastgelegd in het eerste lid van art. 249 Fw, waarin (onder 3) is bepaald, dat boedelschulden die zijn ontstaan tijdens surséance, eveneens boedelschulden zijn in een direct daaropvolgend faillissement¹⁰¹.

100 Zie voor een uitzondering die zich slechts in een zeer specifiek geval voordoet HR 11 juni 1982, NJ 1983, 11 m.nt. BW.

101 Zie ook HR 27 mei 1988, NJ 1988, 964 m.nt. G (Amro-bank/Den Hollander q.q.).

Een tweede uitzondering volgt uit art. 51 lid 3 Fw. Deze bepaling ziet op de vernietiging van een rechtshandeling op grond van een door de curator met succes ingestelde actio pauliana. Heeft de schuldenaar bijvoorbeeld goederen op paulianeuze wijze vervreemd, dan zullen deze goederen aan de curator moeten worden teruggegeven. Op zijn beurt zal de curator het door de schuldenaar ontvangene of de waarde daarvan moeten terugbetalen. Ondanks het feit dat deze schuldvordering door de terugwerkende kracht van de vernietiging (art. 3:53 lid 1 BW) moet worden geacht reeds vóór het faillissement te hebben bestaan, levert zij een boedelschuld op. Dit laatste geldt echter alleen voor zover de boedel op het moment van het instellen van de actio pauliana door de paulianeuze transactie is gebaat. Voor zover dat niet het geval is, resteert voor de wederpartij slechts een faillissementsschuld die ter verificatie kan worden ingediend.

Criterion II:

Een schuld die rechtstreeks voortvloeit uit een rechtsverhouding die pas door of na de faillietverklaring is ontstaan, is een boedelschuld wanneer zij aan de boedel kan worden toegerekend. Kan zij niet aan de boedel worden toegerekend dan is er sprake van een niet-verifieerbare schuld.

Dit criterium laat zich gemakkelijk specificeren in de volgende twee subcriteria:

Subcriterium IIa:

Een schuld die rechtstreeks voortvloeit uit een door de schuldenaar na de faillietverklaring aangegane overeenkomst, of die na de faillietverklaring rechtstreeks uit de wet ontstaat, is een niet-verifieerbare schuld, behoudens voor zover de boedel is gebaat, in welk geval er sprake is van een boedelschuld.

Deze regel komt overeen met het bepaalde in art. 24 Fw, waaruit volgt dat de boedel niet aansprakelijk is voor na de faillietverklaring ontstane verbintenissen, behoudens voor zover de boedel tengevolge daarvan is gebaat. Wie art. 24 Fw strikt naar de letter leest, zou geneigd zijn te denken dat deze bepaling ook ziet op de schuldvorderingen die ná de faillietverklaring ten laste van de gefailleerde zijn ontstaan, maar die voortvloeien uit een rechtsverhouding die al vóór de faillietverklaring bestond. Met Van

Galen¹⁰² ben ik echter van mening dat art. 24 Fw niet een dergelijke ruime strekking heeft. Bij de inwerkingtreding van de Faillissementswet in 1896, luidde dit artikel aanvankelijk:

"Uit verbintenissen, door den schuldenaar na de faillietverklaring aangegaan, ontstaan geene aanspraken tegen den faillieten boedel, dan voor zooverre deze ten gevolge daarvan is gebaat (cursivering GAJB)".

In 1935 is deze tekst vervangen door de huidige redactie van art. 24 Fw. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat met deze verandering geen ander doel werd nagestreefd, dan duidelijker tot uitdrukking te brengen dat de boedel ook niet aansprakelijk is voor een schuldvordering uit hoofde van een (na de faillietverklaring) door de schuldenaar verrichte onrechtmatige daad. In de Memorie van Toelichting op het gewijzigde art. 228 Fw¹⁰³ stelde de Regering:

*"De bepaling is, in afwijking van het geldende (thans: oude, GAJB) art. 230 zoodanig gesteld, dat een twijfelpunt nopens onrechtmatige daden niet bestaat. Art. 24 der Faillissementswet wordt (thans: is, GAJB) dienovereenkomstig gewijzigd."*¹⁰⁴

Er is geen enkele aanleiding om aan te nemen dat onder de vigeur van art. 24 Fw ook schuldvorderingen zouden vallen, die voortvloeien uit een vóór de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding. Bovendien is voor het ontstaan van dergelijke schulden doorgaans geen beheers- of beschikkingshandeling van de gefailleerde meer nodig, terwijl de Memorie van Toelichting op art. 24 Fw¹⁰⁵ vermeldt dat deze bepaling niets anders bevat dan logische gevolgtrekkingen uit het bepaalde in art. 23 Fw.

De conclusie luidt derhalve, dat art. 24 Fw slechts ziet op schuldvorderingen die voortvloeien uit een rechtsverhouding die pas na de faillietverklaring is ontstaan. Die rechtsverhouding kan ofwel een door de gefailleerde aangegane overeenkomst zijn, ofwel een verbintenis die ten laste van de gefailleerde uit de wet ontstaat. Een voorbeeld van het laatste is, naast de

102 Van Galen, WPNR 1996, blz. 395.

103 Art. 228 Fw is de met art. 24 Fw te vergelijken bepaling voor de surséance van betaling.

104 Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen, blz. 466.

105 Van der Feltz, I, blz. 360.

genoemde verbintenis ex art. 6:162 BW wegens een door de gefailleerde verrichte onrechtmatige daad, de verplichting ex art. 6:203 BW tot restitutie van een onverschuldigd aan de gefailleerde betaald bedrag¹⁰⁶. Opgemerkt zij dat onder criterium IIa niet moeten worden gebracht de schulden die na de faillietverklaring uit de wet ontstaan uitsluitend tengevolge van (niet-) handelen van de curator. Op dergelijke schulden is subcriterium IIb van toepassing.

Subcriterium IIb:

Een schuld die rechtstreeks voortvloeit uit een door de curator in zijn hoedanigheid aangegane overeenkomst, of uit de wet ontstaat uitsluitend tengevolge van (niet-) handelen van de curator in zijn hoedanigheid, is een boedelschuld.

De toevoeging dat de boedel slechts aansprakelijk is voor handelingen die de curator 'in zijn hoedanigheid' heeft verricht, spreekt voor zich. Zij is met name van belang bij de vraag, of de boedel aansprakelijk is voor een onrechtmatige daad van de curator. Het woord 'uitsluitend' verduidelijkt dat een schuld als hier bedoeld moet worden onderscheiden van een schuld die weliswaar volwaardig wordt tengevolge van een door de curator in zijn hoedanigheid verrichte (rechts)handeling, maar die voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding. Op een dergelijke schuld is criterium III, en meer in het bijzonder subcriterium IIIa, van toepassing.

Criterium III:

Een schuld die na de faillietverklaring maar vóór de dag der verificatievergadering ontstaat uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding, en de materiële verschuldigdheid in overwegende mate is bepaald door rechtsfeiten die zich vóór de faillietverklaring hebben voorgedaan, is een faillissementsschuld, tenzij de wet anders bepaalt. Is de materiële verschuldigdheid in overwegende mate bepaald door rechtsfeiten die zich na de faillietverklaring hebben voorgedaan, dan is het een boedelschuld wanneer zij aan de boedel kan worden toegerekend. Is dat niet het geval, dan is het een niet-verifieerbare schuld.

De eerste volzin van dit criterium past in de lijn van hetgeen is bepaald in de artt. 37a Fw, 136 lid 2 Fw en 299 (o)Fw. Ik heb reeds betoogd dat deze

106 Vgl. HR 14 december 1984, NJ 1985, 288 m.nt. G (Floritex). Zie nader paragraaf 5.3.5.

artikelen geen limitatieve uitzonderingen dienen te vormen op de regel dat na de faillietverklaring ontstane schulden niet ter verificatie kunnen worden ingediend, maar moeten worden gezien als een uitwerking van een meer genuanceerde regel zoals hier geformuleerd.

De toevoeging 'tenzij de wet anders bepaalt' ziet op art. 128 Fw, dat bepaalt dat na de faillietverklaring vervallen rentetermijnen niet ter verificatie kunnen worden ingediend, en op de artt. 39 lid 1 en 40 lid 4 Fw. Uit art. 39 lid 1 Fw volgt dat de huurpenningen die de gefailleerde als huurder verschuldigd wordt vanaf de dag der faillietverklaring, een boedelschuld opleveren. Art. 40 lid 4 Fw bepaalt hetzelfde voor de loon- en premieverplichtingen die de gefailleerde na de faillietverklaring als werkgever jegens zijn werknemers verschuldigd wordt. Dit zijn de enige boedelschulden waarvan de verschuldigdheid voornamelijk voortvloeit uit een rechtsverhouding die de schuldenaar zelf, voordat hij failliet werd verklaard, in het leven heeft geroepen. Wanneer deze schuldvorderingen niet uitdrukkelijk bij de wet als boedelschulden zouden zijn aangemerkt, zouden zij dan ook gewoon als faillissementsschulden ter verificatie moeten worden ingediend¹⁰⁷. Zij worden daarom wel 'oneigenlijke boedelschulden' genoemd.

Voor een schuld die voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding, maar die pas na de faillietverklaring volwaardig wordt tengevolge van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte (rechts)handeling, kan criterium III als volgt worden gespecificeerd:

Subcriterium IIIa:

Wanneer het handelen van de curator er niet op is gericht om de schuld in het leven te roepen, maar het ontstaan van die schuld een bijkomend gevolg is van het handelen van de curator, terwijl dat bijkomende gevolg in overwegende mate is gelegen in rechtsfeiten die zich vóór de faillietverklaring hebben voorgedaan, is er sprake van een faillissementsschuld.

107 Dit geldt overigens niet voor zover de curator in het kader van de afwikkeling van de boedel nog gebruik heeft gemaakt van de diensten van de betreffende werknemer(s) of gehuurde za(a)k(en). De schulden die daarmee samenhangen zouden ook zonder wettelijke bepaling als boedelschuld moeten worden aangemerkt. Zie nader paragraaf 1.8.1.

Een voorbeeld van een schuld die op grond van dit subcriterium een faillissementsschuld oplevert, is de verplichting tot affinanciering van de backservice voor pensioenpremies¹⁰⁸ die ontstaat wanneer de curator de arbeidsovereenkomst met een werknemer opzegt. Deze opvatting wijkt af van het arrest van de Hoge Raad van 12 november 1993, NJ 1994, 229 m.nt. WMK (Frima q.q./Blankers), waarin de Hoge Raad een dergelijke affinancieringsverplichting als boedelschuld heeft aangemerkt. In paragraaf 1.8.5 zal ik toelichten waarom deze beslissing naar mijn mening onjuist is.

In de hiervoor geformuleerde criteria worden twee maatstaven gehanteerd die nadere invulling behoeven. Het gaat om de maatstaven (1) "materiële verschuldigdheid in overwegende mate bepaald door omstandigheden die zich vóór de faillietverklaring hebben voorgedaan" en (2) "toe te rekenen aan de boedel". In het navolgende zal ik, mede op grond van mijn bevindingen in de voorgaande paragrafen, trachten deze maatstaven nader in te vullen aan de hand van concrete richtlijnen.

Ad 1. Richtlijnen om vast te stellen of de materiële verschuldigdheid van een schuld in overwegende mate is gelegen in omstandigheden die zich vóór dan wel na de faillietverklaring hebben voorgedaan.

Het feit dat een schuldvordering op het moment der faillietverklaring in juridisch-technisch opzicht nog niet volwaardig is, hoeft er niet aan in de weg te staan dat deze schuldvordering naar maatschappelijke maatstaven, en meer in het bijzonder naar bedrijfseconomische maatstaven, reeds een bepaalde waarde heeft. Wanneer dat het geval is, kan dit een belangrijke aanwijzing zijn dat de betreffende schuldvordering reeds vóór de faillietverklaring latent aanwezig was. Ten aanzien van een dergelijke schuldvordering is er naar mijn mening geen reden om een uitzondering te maken op het belangrijke principe van (het verhaalsaspect van) de *paritas creditorum* en moet derhalve worden aangenomen dat het om een faillissements-schuld gaat. Ik noem hier twee voorbeelden waaruit kan blijken dat een schuldvordering naar bedrijfseconomische maatstaven reeds een waarde heeft vóórdat zij in juridisch opzicht volwaardig wordt.

108 Hierna kortweg aangeduid als 'affinancieringsverplichting'. In paragraaf 1.8.5 zal nader worden toegelicht wat deze affinancieringsverplichting inhoudt.

- a. Plegen ondernemers voor de toekomstige schuldvordering een voorziening op hun balans te treffen?

Een ondernemer pleegt rekening te houden met verplichtingen die hij in de toekomst wellicht zal moeten betalen, door hiervoor reeds van tevoren op de balans een voorziening te treffen. Onder 'voorziening' wordt in bedrijfseconomische zin verstaan: een toekomstige verplichting, die samenhangt met de bedrijfsuitoefening in de huidige periode, maar waarvan de exacte omvang en/of het tijdstip waarop deze zich zal voordoen, nog niet bekend zijn. Een dergelijke voorziening wordt gevormd door ineens of periodiek een bepaald bedrag ten laste van het resultaat te boeken. Daarmee wordt beoogd een in de toekomst waarschijnlijk te betalen verplichting evenredig te verdelen over de resultaten van verschillende perioden. Bekende voorbeelden zijn voorzieningen voor dubieuze debiteuren, voor verleende garanties en voor te verrichten onderhoudswerkzaamheden. Wanneer een ondernemer op reële gronden een voorziening reserveert, spreekt daaruit een redelijke verwachting dat in de toekomst inderdaad een verplichting zal ontstaan¹⁰⁹.

Het is bijvoorbeeld niet ongebruikelijk dat een ondernemer op zijn balans een voorziening reserveert ter zake van affinancieringsverplichtingen¹¹⁰. Dat is een aanwijzing dat de affinancieringsverplichtingen reeds lang voordat zij in juridische zin ontstaan, althans opeisbaar worden, latent aanwezig zijn. Daaruit volgt dat, wanneer een affinancieringsverplichting volwaardig wordt op het moment waarop de curator een arbeidsovereenkomst opzegt, deze verplichting niet zozeer kan worden toegerekend aan dit handelen van de curator, maar veeleer is bepaald door omstandigheden die zich voor de faillietverklaring hebben voorgedaan; te weten de pensioentoezegging die de werkgever heeft gedaan en de pensioenverzekeringsovereenkomst die vervolgens met een verzekeraar is gesloten.

109 Hier moet de kanttekening bij worden gemaakt, dat ondernemers soms bewust voorzieningen treffen voor toekomstige verplichtingen, waarvan zeer twijfelachtig is of zij in de toekomst daadwerkelijk zullen ontstaan. Dat kan bijvoorbeeld fiscaal aantrekkelijk zijn. Vandaar mijn toevoeging 'op reële gronden'. De fiscale norm is 'goed koopmansgebruik'.

110 Vgl. E. Lutjes, Bescherming pensioenrechten bij faillissement, NJB 1992, blz. 897.

- b. Plegen ondernemers de toekomstige schuldvordering in de prijs te verdisconteren bij overname van de verschuldigde onderneming of bij een andere wijze van indeplaatsstelling in de rechtsverhouding waaruit de verplichting voortvloeit?

Dat aan een juridisch nog niet volwaardige verplichting in het handelsverkeer soms wel al een bepaalde waarde wordt toegekend, kan ook blijken wanneer een onderneming wordt overgedragen. Als voorbeeld kan ook hier weer de affinancieringsverplichting worden genoemd. Bij overname van de onderneming treedt de opvolgende ondernemer krachtens de artt. 7:662 e.v. BW (7A:1639aa e.v. BW (oud)) van rechtswege in de lopende arbeidsovereenkomsten met de werknemers van die onderneming, inclusief de daarin gedane pensioentoezeggingen. Het is evident dat daarmee bij het vaststellen van de overnameprijs rekening gehouden zal worden. Er zal een inschatting worden gemaakt van de kosten die hiermee zullen zijn gemoeid en dit bedrag zal in mindering worden gebracht op de overnameprijs. Ook dat is een sterke aanwijzing dat, zo deze verplichtingen niet reeds als bestaand moeten worden aangemerkt, zij in ieder geval reeds latent aanwezig zijn en een bepaalde waarde vertegenwoordigen. Ook om die reden is het onjuist om te veronderstellen dat deze verplichtingen in een toekomstig faillissement een boedelschuld opleveren wanneer de curator de arbeidsovereenkomsten met de werknemers opzegt.

Ad 2. Richtlijnen om vast te stellen of een schuld kan worden toegerekend aan de boedel

In paragraaf 1.5.1 is betoogd dat de bijzondere positie van de boedel-schuldeisers kan worden verklaard vanuit het feit, dat boedelschulden noodzakelijkerwijs zijn gemaakt in het kader van de afwikkeling van het faillissement. Vervolgens zijn in de paragrafen 1.5.2 en 1.5.3 twee benaderingen besproken waarmee het toerekenen van boedelschulden van een dogmatische grondslag kan worden voorzien. Deze dogmatische benaderingen bieden 'handvaten' om in een concreet geval te kunnen bepalen of een dergelijke toerekening op zijn plaats is. Men dient zich de volgende vraag te stellen: kan de schuld worden toegerekend aan het doel (vereffening) waarvoor het failliete vermogen wordt afgescheiden, zodat zij kan worden aangemerkt als kosten van executie en vereffening? Bij de beantwoording van deze vraag kan het nuttig zijn vergelijkingen te trekken met

andere vormen van afgescheiden vermogens waarbij het doel vereffening is.

1.8 De afbakeningscriteria toegepast op enkele na de faillietverklaring ontstane schulden

De moeilijkheid van het afbakenen van de drie soorten schulden in faillissement, speelt voornamelijk ten aanzien van schulden aan het ontstaan waarvan zowel is bijgedragen door rechtsfeiten die zich vóór de faillietverklaring hebben voorgedaan als rechtsfeiten die zich daarna afspeelden. Dat zijn dus de schulden waarop ik criterium III en subcriterium IIIa van toepassing acht. In het navolgende zal ik deze criteria toepassen op diverse soorten na de faillietverklaring ontstane schuldvorderingen.

1.8.1 Huurpenningen en loon- en premieverplichtingen

In paragraaf 1.7 is al kort beschreven dat de ex lege boedelschulden van de artt. 39 lid 1 en 40 lid 4 Fw, te weten de na de faillietverklaring vervallen huurpenningen en loon- en premieverplichtingen, een oneigenlijk karakter hebben. In deze paragraaf zal ik nagaan op grond van welke overwegingen de wetgever heeft besloten om deze verplichtingen als boedelschulden aan te merken. Vervolgens zal ik nagaan of deze overwegingen (nog steeds) valide zijn, of dat het aanbeveling verdient om de genoemde bepalingen te herzien.

Vooropgesteld moet echter worden, dat niet alle verplichtingen die na de faillietverklaring ontstaan uit een vóór de faillietverklaring door de gefailleerde aangegane huur- of arbeidsovereenkomst, oneigenlijke boedelschulden zijn. Dat geldt namelijk niet voor zover de curator in het kader van de afwikkeling van het faillissement van de betrokken werknemer(s) nog diensten verwacht, of nog gebruik wenst te maken van de gehuurde zaak c.q. zaken. De curator zal daar met name behoefte aan hebben wanneer hij besluit tot een (tijdelijke) voortzetting van (een deel van) het failliete bedrijf. In dat geval zal hij bijvoorbeeld de poorten van een gehuurd bedrijfspand willen openhouden en ook van (een deel van) de werknemers verwachten dat zij op hun werkplek verschijnen. Maar ook buiten het geval van bedrijfsvoortzetting zal de curator soms gebruik willen maken van bijvoorbeeld een gehuurde opslagloods of van diensten van administratief

personeel. De verplichtingen die daartegenover staan zouden ook zonder wettelijke bepaling als boedelschulden moeten worden aangemerkt. Zij zijn immers noodzakelijk gebleken bij de afwikkeling van het faillissement en kunnen derhalve als vereffeningskosten aan de boedel worden toegerekend. Daarbij maakt het mijns inziens geen verschil of de curator de betreffende arbeidsovereenkomst of huurovereenkomst al heeft opgezegd. Ook wanneer de curator, na opzegging van een arbeidsovereenkomst, van de betreffende werknemer gedurende (een deel van) de opzegtermijn nog diensten verwacht, zijn de loon- en premieverplichtingen die daarmee samenhangen aan te merken als eigenlijke boedelschulden. Oneigenlijke boedelschulden zijn dus slechts die huurschulden en loon- en premieverplichtingen waartegenover de curator van de verhuurder respectievelijk werknemer(s) geen prestaties meer verwacht, maar welke hij niet kan voorkomen, omdat hij nog aan een opzegtermijn is gebonden.

Uit de parlementaire geschiedenis bij deze artikelen blijkt, dat zij het resultaat zijn van een door de wetgever gemaakte belangenafweging¹¹¹. Enerzijds speelt het belang van een spoedige afwikkeling van het faillissement, waaruit de noodzaak voortvloeit dat de curator, wanneer hij geen belang meer heeft bij het gehuurde object of de betrokken werknemers, een kortere termijn voor opzegging van de huur- respectievelijk arbeidsovereenkomst in acht hoeft te nemen dan buiten het faillissement het geval is. Daarmee wordt voorkomen dat de boedel nodeloos lang met schulden uit deze overeenkomsten zou worden belast. Ter compensatie van dit nadeel voor de verhuurder en de werknemers, wier belangen maatschappelijk evenzeer als gewichtig worden ervaren, achtte de wetgever het billijk hen zo veel mogelijk zekerheid te geven dat zij hun vorderingen gedurende de kortere opzegtermijn voldaan zouden krijgen. Om die reden zijn de verschuldigde huurpenningen en de loon- en premieverplichtingen vanaf de dag der faillietverklaring 'gepromoveerd' tot boedelschulden.

Men kan zich afvragen of de bijzondere positie die hiermee voor de verhuurder en de werknemers is geschapen, onder de huidige omstandigheden nog wel te rechtvaardigen is. De boedelschulden van art. 39 lid 1 Fw, en met name die van art. 40 lid 4 Fw, kunnen zeer hoog oplopen, zonder

111 Zie met betrekking tot art. 39 Fw: Van der Feltz, I, blz. 419, 422-423 en 427, en met betrekking tot art. 40 Fw: Van der Feltz, I, blz. 428 en HR 12 januari 1990, NJ 1990, 662 m.nt. PvS (Van der Kooi/De Kort q.q.).

dat de curator daarop enige invloed kan uitoefenen. Zij zijn daardoor een belangrijke oorzaak van het feit, dat curatoren steeds vaker worden geconfronteerd met faillissementen waarin de boedel niet eens toereikend is om alle boedelschulden, laat staan de faillissementsschulden, te voldoen.

Met name met betrekking tot de verhuurder dringt de vraag zich op, waarin zijn positie wezenlijk verschilt met die van een willekeurige andere schuldeiser die zo ongelukkig is geweest een wederkerige (duur)overeenkomst te zijn aangegaan met iemand die vervolgens failliet gaat. In de wetsgeschiedenis wordt deze vraag niet duidelijk beantwoord. Uitgangspunt van de wetgever was kennelijk dat de boedel niet onnodig mocht worden belast met huurschulden. Daarom is gekozen voor een verkorte opzegtermijn. Om die ingreep in de contractuele verhouding te compenseren vond de wetgever het billijk om de verhuurder te promoveren tot boedelschuldeiser. Ik vraag mij af of de wetgever hiermee niet het tegengestelde heeft bereikt van wat hij beoogde: door de kwalificatie van de na de faillietverklaring verschuldigde huurpenningen als boedelschulden, wordt de boedel doorgaans veel zwaarder belast dan wanneer op de huurovereenkomst het gewone regime voor wederkerige overeenkomsten van de artt. 37 en 37a Fw van toepassing zou zijn.

De bescherming van de werknemer ligt op het eerste gezicht meer voor de hand. Die is voor de voorziening in zijn levensonderhoud afhankelijk van de inkomsten die hij uit hoofde van de arbeidsovereenkomst verwerft. Bedacht moet echter worden dat de rechtspositie van werknemers op tal van punten sterk is verbeterd in vergelijking met de situatie ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet¹¹². Van een goed ontwikkeld sociaal stelsel waarop ontslagen werknemers konden terugvallen was toen bijvoorbeeld nog geen sprake. In dat licht is het goed te begrijpen waarom de wetgever het noodzakelijk achtte om de werknemers van een gefailleerde werkgever in bescherming te nemen, door na de faillietverklaring vervallende loonverplichtingen als boedelschulden aan te merken. Bovendien bleven deze boedelschulden doorgaans in omvang beperkt, omdat lang niet alle werknemers zeker waren van een vast dienstverband. Het gebruik door ondernemers van dag- en weekloners was geenszins ongebruikelijk,

112 De Faillissementswet is bij wet van 30 september 1893 (Stb. 140) tot stand gekomen en trad op 1 september 1896 in werking.

zodat men aan een behoorlijke opzegtermijn in veel gevallen niet eens toekwam.

In 1968 is art. 40 Fw op twee punten gewijzigd ten gunste van de werknemers¹¹³. Naast de loonverplichtingen werden ook de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden (bijvoorbeeld voor de pensioenvoorziening) als boedelschulden aangemerkt. Voorts werd voorgescreven dat de opzegtermijn die de curator in acht moet nemen jegens oudere werknemers, diende te worden verlengd overeenkomstig het bepaalde in art. 7A:1639j lid 2 BW (oud; zie thans art. 7:672 lid 2 BW). Een verdere verbetering van de positie van werknemers in geval van insolventie van de werkgever kwam reeds een jaar later tot stand, in de vorm van de 'Loongarantieregeling'. Deze regeling is thans vastgelegd in hoofdstuk IV (artt. 61 t/m 68) van de (nieuwe) Werkloosheidswet¹¹⁴. Op grond van deze regeling is de bedrijfsvereniging verplicht loon, vakantiegeld, vakantiebijslag en bedragen door de werkgever aan derden verschuldigd, over te nemen van een werkgever die in staat van faillissement is verklaard, aan wie surséance van betaling is verleend, of die anderszins verkeert in een toestand dat hij heeft opgehouden te betalen (vgl. art. 61 WW). Deze verplichting strekt zich uit over de periode van 13 weken onmiddellijk voorafgaand aan de dag van opzegging van de dienstbetrekking alsmede over de daaropvolgende opzegtermijn, berekend volgens art. 40 Fw (vgl. art. 64 WW). De bedrijfsvereniging die op de voet van deze regeling de werknemers van een insolvente werkgever betaalt, subrogeert krachtens art. 66 WW in de rechten van de werknemers jegens de werkgever. Deze regeling heeft tot gevolg gehad, dat in de praktijk vrijwel nooit meer de individuele werknemers als boedelschuldeisers optreden, maar de bedrijfsvereniging op grond van art. 66 WW jo art. 40 lid 4 Fw¹¹⁵.

113 Wet van 30 mei 1968, Stb 270

114 Deze regeling komt in grote lijnen overeen met de regeling die sinds 1969 (bij ministeriele beschikking van 19 maart 1969, nr 50 818, Stcrt 62) in de oude Werkloosheidswet was neergelegd in de artt 42a tot en met 42g

115 Uiteraard is de bedrijfsvereniging slechts boedelschuldeiser ter zake van overgenomen loonverplichtingen over de periode na de faillietverklaring. Voor overgenomen loonverplichtingen die betrekking hebben op de periode voorafgaand aan het faillissement, dient de bedrijfsvereniging als faillissementsschuldeiser in het faillissement op te komen. Daarbij kan zij wel aanspraak maken op de preferentie van (art 66 WW jo) art 3 288 onder e BW

Daarmee is de oorspronkelijke rechtvaardigingsgrond voor de wettelijke kwalificatie van loon- en premieverplichtingen als boedelschulden achterhaald. De beschermenswaardige positie van werknemers is door de overnameverplichting van de bedrijfsvereniging voldoende gewaarborgd. De vraag is nu, in hoeverre het is gerechtvaardigd dat de bedrijfsvereniging voor zijn regresvordering ter zake van na de faillietverklaring overgenomen loon- en premieverplichtingen als boedelschuldeiser kan opkomen. Een hernieuwde afweging van belangen van schuldeisers zou hier tot de conclusie kunnen leiden dat art. 40 lid 4 Fw zou moeten worden herzien.

Levelt-Overmars¹¹⁶ heeft zich deze vraag gesteld in haar preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging in 1986. Zij komt tot de conclusie dat slechts de regresvordering van de bedrijfsvereniging ter zake van overgenomen loonverplichtingen gedurende de verlengde opzegtermijn van art. 7A:1639j lid 2 BW (oud; zie thans art. 7:672 lid 2 BW) zou moeten worden gedegradeerd tot een preferente faillissementsvordering. Voor de regresvordering van de bedrijfsvereniging ter zake van het loon over de normale opzegtermijn met een maximum van zes weken, zou de kwalificatie van boedelschuld gehandhaafd moeten blijven. Levelt-Overmars beroept zich daarbij met name op het additionele karakter van de Loongarantieregeling, als extra garantie voor werknemers. Het zou niet de bedoeling van deze regeling zijn geweest een wijziging aan te brengen in de relatie tussen de werkgever en de werknemer en ook niet dat meer loonverplichtingen onbetaald zouden blijven.

Daar staat tegenover dat, wanneer de Loongarantieregeling reeds had bestaan toen art. 40 Fw in 1968 als boven beschreven ten gunste van de werknemers werd aangepast, een ongeclausuleerde kwalificatie van de na de faillietverklaring vervallende loon- en premieverplichtingen vermoedelijk niet zou zijn gehandhaafd. Vele leden van de Tweede Kamer stelden zich toen al op het standpunt, dat een gedeelte van het loon over de opzegtermijn wellicht niet door de werkgever maar uit andere bronnen zou moeten worden voldaan, waaraan zij toevoegden:

116 W.M. Levelt-Overmars, De positie van werknemers en bedrijfsverenigingen bij surséance van betaling en faillissement, preadvies NJV, Zwolle 1986, blz. 180-182.

"In hoeverre die "andere bronnen" dan nog een - eventueel concurrente - vordering op de boedel dienen te behouden, zou nog nader moeten worden bestudeerd"¹¹⁷

Naar mijn weten is bij de totstandkoming van de Loongarantieregeling geen moment de vraag aan de orde geweest, of het rechtvaardig is dat de bedrijfsvereniging subrogeert in de rechten van de werknemers als boedelschuldeisers. Toch ligt deze vraag voor de hand. Het karakter van de vorderingen waarin de bedrijfsvereniging subrogeert, rechtvaardigt de kwalificatie als boedelschuld niet en ook het oorspronkelijke argument van bescherming van de werknemers gaat niet meer op. De bedrijfsvereniging zouden daar tegenin kunnen brengen dat zij dwangcrediteuren zijn en dat het niet aangaat om instanties die wettelijk verplicht zijn de schulden van insolvente werkgevers over te nemen, niet de grootst mogelijke zekerheid te bieden dat zij hun regresvorderingen voldaan krijgen. Dit argument rechtvaardigt naar mijn mening slechts dat de bedrijfsvereniging ter zake van zijn regresvordering in rang boven alle (overige) faillissementsschuldeisers gaat. Dit zou kunnen worden bereikt door de regresvordering aan te merken als faillissementsschuld, waaraan een superpreferentie kan worden toegekend van gelijke rang (of wellicht zelfs van hogere rang) als de superpreferentie van de fiscus (art. 21 Iw 1990) en van de bedrijfsvereniging zelf ter zake van achterstallige premieschulden (art. 16 Coördinatie-wet Sociale Verzekering).

Dat de bedrijfsvereniging ter zake van overgenomen loonverplichtingen als boedelschuldeiser wordt aangemerkt is een stap te ver. De relevantie van deze stellingname blijkt wanneer de boedel negatief is, dat wil zeggen niet toereikend om alle boedelschulden te voldoen. In hoofdstuk 5 zal blijken, dat in dat geval de boedelschulden moeten worden voldaan volgens de normaal geldende wettelijke rangorde. De bedrijfsvereniging kan zich voor zijn boedelvordering ter zake van overgenomen loon- en premieverplichtingen beroepen op het voorrecht van art. 3:288 onder e BW, zodat zij vóór de concurrente boedelschulden moet worden voldaan. Feitelijk zijn het daardoor de schuldeisers wier vorderingen zijn ontstaan tengevolge van de afwikkeling van het faillissement, die de prijs betalen van de - op zichzelf nobele - wens om de aanspraken van werknemers in faillissement te waarborgen. Dat is moeilijk te rechtvaardigen. Zoals in hoofdstuk 5 nog

117 VV II (9010) 1967-1968, Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen, blz. 109.

zal blijken, wordt deze onrechtvaardigheid door vele schrijvers omzeild, door eenvoudigweg te veronderstellen dat in geval van een negatieve boedel de eigenlijke boedelschulden in rang vóór de oneigenlijke boedelschulden gaan. Voor die opvatting is echter noch in de wet noch in de jurisprudentie enig aanknopingspunt te vinden. Het ligt veel meer voor de hand om het probleem in de kern aan te pakken, namelijk door het vierde lid van art. 40 Fw te schrappen en zodoende aan de regresvordering van de bedrijfsvereniging het karakter van boedelschuld te ontnemen. In de gevallen waarin de boedel dan nog negatief is, zou de consequentie zijn dat de bedrijfsvereniging voor de overgenomen verplichtingen geen verhaal kan halen. Dat is te billijken, te meer omdat de financiële middelen van de bedrijfsverenigingen worden verstrekt door de werkgevers en werknemers uit de gehele bedrijfstak gezamenlijk. De bescherming van de rechten van werknemers in geval van faillissement van hun werkgever, zou op die manier een semi-collectieve verantwoordelijkheid worden.

1.8.2 *Andere periodieke betalingsverplichtingen*

In het - in paragraaf 1.4.2 reeds besproken - arrest WUH/Emmerig q.q.¹¹⁸, overwoog de Hoge Raad dat periodieke betalingsverplichtingen waarvan het ontstaan afhankelijk is van "toekomstige vooralsnog onzekere omstandigheden" nog geen bestaande verplichtingen zijn. Om die reden besliste de Hoge Raad dat na de faillietverklaring vervallen huurtermijnen op het moment van de faillietverklaring nog toekomstig waren; het ontstaan van deze verplichtingen is onder andere nog afhankelijk van het daadwerkelijk verschaffen van het huurgenot. Het ligt in de lijn van dit arrest, zoals ook is opgemerkt door annotator Van der Grinten, dat hetzelfde geldt ten aanzien van loon- en premieverplichtingen die na de faillietverklaring vervallen. Aangenomen moet worden dat deze verplichtingen op het moment van de faillietverklaring moeten worden aangemerkt als toekomstige vorderingen, nu het ontstaan ervan nog afhankelijk is van toekomstige, vooralsnog onzekere omstandigheden, waaronder in het bijzonder de bereidheid van de werknemer de bedongen arbeid te blijven verrichten; men vergelijk art. 7:627 BW (7A:1638b BW (oud)). Hetzelfde geldt ten aanzien van periodieke verplichtingen uit andere wederkerige duurovereenkom-

sten, zoals de licentieovereenkomst, verzekeringsovereenkomst, pachtovereenkomst, aannemingsovereenkomst of lease-overeenkomst¹¹⁹.

Hoewel de genoemde vorderingen dus pas ontstaan na de faillietverklaring van de schuldenaar, kunnen zij volgens criterium III wel ter verificatie worden ingediend. Dat strookt met de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van art. 39 Fw. Daaruit blijkt dat de wetgever van oordeel was, dat de na faillietverklaring vervallende huurverplichtingen, wanneer zij krachtens deze bepaling niet als boedelschuld zouden zijn gekwalificeerd, wel ter verificatie zouden kunnen worden ingediend. In de Memorie van Toelichting op deze bepaling noemt de wetgever als rechtvaardiging voor het feit dat de curator de huurovereenkomst tegen een maximale opzegtermijn van drie maanden kan opzeggen, dat:

"de boedel niet meer belast (wordt) met het aanhouden van de huur van localiteiten, waaraan de curator geen behoefte heeft."¹²⁰

Wanneer de na de faillietverklaring vervallende huurtermijnen niet verifieerbaar zouden zijn, zouden deze verplichtingen in het geheel niet op de boedel drukken. De curator zou dan ook geen enkel belang hebben bij opzegging van de huurovereenkomst. Dat de na de faillietverklaring vervallende huur en loonverplichtingen verifieerbare faillissementsschulden zouden zijn wanneer zij bij wet niet als boedelschulden zouden zijn gekwalificeerd, blijkt ook uit de geschiedenis van de totstandkoming van art. 28 Fw. De Raad van State vroeg zich naar aanleiding van deze bepaling af, of het begrip boedelschuld moest worden opgevat als "alle schuld waarvoor men in faillissement kan opkomen, waarvoor de boedel aansprakelijk is." De Regering achtte deze omschrijving te ruim en stelde: "dan waren de laatste zinsneden van de artikelen 39 en 40 geheel overbodig"¹²¹.

Na de faillietverklaring vervallende periodieke verplichtingen uit hoofde van een huur- of arbeidsovereenkomst zouden volgens de wetgever dus faillissementsschulden zijn, wanneer zij niet bij wet als boedelschulden zouden zijn gekwalificeerd. Ik zie niet in waarom dit anders zou zijn ten

119 Terstond vaststaande periodieke betalingsverplichtingen zijn bijvoorbeeld de koopsomtermijnen uit een huurkoop-overeenkomst.

120 Van der Feltz, I, blz. 419.

121 Van der Feltz, I, blz. 385.

aanzien van periodieke verplichtingen uit hoofde van andere duurovereenkomsten die volgens het WUH/Emmerig-criterium op het moment van de faillietverklaring nog toekomstig waren: periodieke verplichtingen uit een licentieovereenkomst, verzekeringsovereenkomst (premieverplichtingen) of uit een lease-overeenkomst¹²².

Opgemerkt moet worden dat op dergelijke duurovereenkomsten door gaans art. 37 Fw van toepassing zal zijn. Dit artikel ziet op het geval waarin een wederkerige overeenkomst vóór faillissement aangegaan tussen de gefailleerde en zijn wederpartij, ten tijde van de faillietverklaring door geen van de partijen geheel is nagekomen. De wederpartij kan de curator schriftelijk verzoeken binnen een redelijke termijn te verklaren of hij de overeenkomst gestand wil doen. Indien de curator zich bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, worden de daaruit voortvloeiende verplichtingen als boedelschulden aangemerkt¹²³.

Voor het geval de curator zich niet bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, bepaalde art. 37 lid 1 Fw - tot de invoering van het NBW - dat de overeenkomst daardoor (van rechtswege) ontbonden was en dat de wederpartij voor schadevergoeding als concurrent schuldeiser in het faillissement kon opkomen. Aldus had de curator het in zijn macht om door niet of negatief te reageren eenzijdig de ontbinding van niet volledig nagekomen overeenkomsten te bewerkstelligen.

In dit laatste opzicht heeft art. 37 lid 1 Fw onder het nieuwe recht, bij wijze van aanpassing aan de regeling van de ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst in Boek 6 BW, een wijziging ondergaan. Thans is het gevolg van de niet-bereidverklaring van de curator slechts, dat de curator het recht verliest zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen. De overeenkomst blijft in beginsel in stand: de curator is daaraan gebonden. Dit betekent dat de positie van de wederpartij in bepaalde situaties aanzienlijk versterkt is¹²⁴. Uit de Memorie van Toelich-

122 Zo ook Van Galen, WPNR 1996, blz. 395.

123 J.J. van Hees (Leasing, diss. Nijmegen, Deventer 1997, blz. 164-165) verdedigt dat zulks niet alleen geldt voor de verbintenissen die als gevolg van de verdere uitvoering van de overeenkomst ontstaan, maar tevens voor de op de datum van faillissement reeds bestaande verplichtingen.

124 Zie daarover W. Snijders, Het nieuwe art. 37 F, een belangrijke verandering', in: CJHB (Brunner-bundel), Deventer 1994, blz. 357-360.

ting¹²⁵ op de (nieuwe) bepaling blijkt waarom het stelsel van ontbinding van rechtswege is verlaten. De wetgever wilde aan de wederpartij dezelfde keuzevrijheid laten die hij ook buiten faillissement zou hebben; namelijk of hij gehele of gedeeltelijke ontbinding met aanvullende schadevergoeding (vgl. de artt. 6:265 e.v. BW), dan wel vervangende schadevergoeding (art. 6:87 BW) wenst.

De keuzevrijheid die door de huidige bepaling aan de wederpartij wordt gelaten, is echter niet beperkt tot de keuze tussen ontbinding of vervangende schadevergoeding. De wederpartij kan er ook voor kiezen om zijnerzijds de overeenkomst gestand te doen en derhalve zijn verplichtingen na te komen. Neem bijvoorbeeld een lease-overeenkomst, waarbij de gefailleerde lessee en de wederpartij lessor is. Ondanks het faillissement van de lessee, blijft de lessor aan zijn verplichtingen voldoen en de lease-objecten ter beschikking stellen. Hij vordert betaling van de leasetermijnen die na de faillietverklaring zijn vervallen. Ook dit zijn volgens het WUH/Emmerig-criterium vorderingen die pas na de faillietverklaring zijn ontstaan. Desalniettemin meen ik dat dergelijke vorderingen voor verificatie in het faillissement vatbaar zijn¹²⁶.

1.8.3 *Van der Kooi/De Kort q.q.; afloeiingsregeling*

In het arrest van de Hoge Raad van 12 januari 1990, NJ 1990, 662 m.nt. PvS (Van der Kooi/De Kort q.q.) speelde het volgende. De vennootschap Papierfabrieken Van Gelder Zonen N.V. (VGP) had met een zestal werknemersorganisaties een regeling getroffen, op grond waarvan werknemers bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen recht hadden op een gefixeerde schadeloosstelling. Van der Kooi was een van de werknemers op wie deze regeling van toepassing was. Nadat VGP failliet was verklaard en de curatoren Van der Kooi hadden ontslagen, vorderde laatstgenoemde op grond van het voornoemde sociaal plan uitbetaling van een bedrag van f 59.500,-. Hij vorderde dit bedrag langs twee wegen. In een gewone procedure tegen de curatoren stelde hij zich op het standpunt dat de betreffende vergoeding als boedelschuld moest worden voldaan. Daarnaast had hij

125 Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen*, blz. 95.

126 Anders dan J.J. van Hees (a.w., blz. 166) meen ik dat hierbij niet van belang is of de boedel door de nakoming van de wederpartij van de gefailleerde is gebaat.

de vordering, met inroeping van de preferentie van art. 1195 onder 6 BW (oud)¹²⁷, ter verificatie ingediend, hetgeen tot een renvooiprocedure had geleid. In cassatie was nog slechts de laatstgenoemde procedure van belang, omdat Van der Kooi zich had verzoend met het oordeel van de Rechtbank dat zijn vordering niet als boedelschuld kon worden aangemerkt.

Volgens het Hof hadden partijen de betreffende afvloeiingsregeling bedoeld als een bij voorbaat geregelde voorziening in de zin van art. 7A:1639s BW (oud; zie thans art. 7:681 BW). De betreffende vergoeding kon volgens het Hof dan ook slechts verschuldigd worden, wanneer het ontslag door de curator als 'kennelijk onredelijk' in de zin van genoemde bepaling kon worden aangemerkt.

De Hoge Raad stelt voorop, dat in zijn algemeenheid niet kan worden uitgesloten dat een ontslag door de curator kennelijk onredelijk kan zijn. In dat geval ontstaat ex art. 7:681 BW een schadevergoedingsverplichting die, volgens de Hoge Raad, analoog aan art. 40 lid 4 Fw¹²⁸ als boedelschuld moet worden beschouwd. De Hoge Raad benadrukt echter dat zulks slechts in uitzonderingsgevallen opgaat. Men kan bijvoorbeeld denken aan de situatie waarin de curator, in het kader van een bedrijfsvoortzetting, een deel van het personeel in dienst houdt en bij de keuze van degenen die hij ontslaat een kennelijk onredelijke maatstaf hanteert. Het is evident dat de schadeloosstelling die in dat geval krachtens art. 7:681 BW verschuldigd wordt, een boedelschuld oplevert. De materiële verschuldigdheid van deze verbintenis is niet zozeer gelegen in de arbeidsovereenkomst en de daarin vervatte afvloeiingsregeling, maar veeleer in het onredelijk (onrechtmatig) handelen van de curator als degene die met de afwikkeling van het faillissement is belast. Deze schuldvordering kan derhalve aan die afwikkeling worden toegerekend en is reeds om die reden boedelschuld, zoals in het algemeen geldt dat onrechtmatig handelen van de curator boedelschulden kan veroorzaken.

In casu was er echter geen sprake was van een kennelijk onredelijk ontslag. De Hoge Raad was van oordeel dat aan de betreffende werknemer geen

127 Thans: art. 3:288 onder e BW.

128 De Hoge Raad verwijst naar art. 40 lid 3 Fw, maar dat is kennelijk een verschrijving.

boedelvordering en zelfs geen faillissementsvordering toekwam. Een andere opvatting zou volgens de Hoge Raad niet stroken met de aan het stelsel van art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging tussen de werknemers en faillissementsschuldeisers¹²⁹. Hij overwoog dat:

"(...) in art. 40 (...) besloten ligt dat vorderingen die uit de arbeidsovereenkomst zijn ontstaan in de periode die met de dag van de faillietverklaring aanvangt, slechts - binnen de grenzen van wat dit artikel toelaat - boedelschulden kunnen opleveren, maar niet voor verificatie in aanmerking komen, terwijl dit wel het geval is met vorderingen die uit die overeenkomst zijn ontstaan in de periode die vóór de dag van faillietverklaring, zoals zich voordeed in de in deze zaak door Van der Kooi ingeroepen uitspraak HR 23 mei 1980, NJ 1980, 502. Het is met het hiervoor weergegeven, op de voormelde belangenafweging berustende stelsel van de wet niet verenigbaar dat het resultaat van die afweging zou kunnen worden doorbroken door een vóór de faillietverklaring met de gefailleerde gesloten overeenkomst, die de strekking heeft om, ook terzake van na de faillietverklaring door de curator gegeven ontslagen, aan de werknemers een vergoeding voor door hen als gevolg van het ontslag, en derhalve na de faillietverklaring, geleden nadeel toe te kennen, ook zonder dat is komen vast te staan dat het ontslag kennelijk onredelijk was (...) Een dergelijke doorbreking kan dan ook niet worden aangenomen, zowel in die zin dat uit een dergelijke overeenkomst geen boedelschuld kan ontstaan, als in die zin dat de betreffende vordering niet voor verificatie in aanmerking komt."¹³⁰

De overweging van de Hoge Raad, dat financiële verplichtingen uit een afvloeiingsregeling in geval van (niet kennelijk onredelijk) ontslag door de curator geen boedelschuld opleveren, kan ik onderschrijven. Dat strookt ook met de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 7 maart 1988, NJ 1990, 69, waarin het Hof besliste dat dergelijke verplichtingen niet vallen onder loon als bedoeld in art. 239 lid 3 respectievelijk art. 40 lid 4 Fw. Het Hof overwoog voorts dat de strekking van de genoemde artikelen is, ten gunste van de boedel een beperking aan te brengen in de ontslagbescherming die de wet normaliter voor de werknemer schept. Het ging volgens het Hof niet aan om deze wettelijke beperking te frustreren, door aan contractuele beschermingsregelingen het karakter van boedelschulden te verlenen.

Het oordeel van de Hoge Raad, dat de strekking van art. 40 Fw er ook aan in de weg staat om de verplichting uit een afvloeiingsregeling als faillisse-

129 Over deze belangenafweging sprak ik reeds in paragraaf 1.8.1.

130 In gelijke zin Rb. Maastricht 20 februari 1997, JOR 1997/42 m.nt. E. Loesberg.

mentsschuld aan te merken wanneer het ontslag is aangezegd door de curator, ligt minder voor de hand. Van der Kooi zou wél een faillissementsvordering hebben gehad wanneer hij vlak vóór de faillietverklaring door zijn werkgever zou zijn ontslagen. Dat kan worden afgeleid uit het arrest HR 23 mei 1980, NJ 1980, 502 m.nt. P.A.S. (Nebig/Nolen)¹³¹, waarop Van der Kooi tevergeefs een beroep had gedaan. Met De Liagre Böhl ben ik van mening, dat dit onderscheid tussen werknemers die voor, en werknemers die na faillissement zijn ontslagen, moeilijk is te rechtvaardigen¹³².

De verklaring voor dit onderscheid kan mijns inziens slechts worden gevonden in het feit, dat ontslag door de curator doorgaans niet als kennelijk onredelijk kan worden aangemerkt. Ervan uitgaande dat een afvloeiingsregeling inderdaad moet worden gekwalificeerd als een bij voorbaat gestelde voorziening in de zin van art. 7:681 BW betekent dit, dat de afvloeiingsregeling niet van toepassing is in geval van ontslag door de curator. In dat geval ontstaat er in het geheel geen schuldvordering uit hoofde van de afvloeiingsregeling; zelfs geen niet-verifieerbare vordering.

Wanneer echter een afvloeiingsregeling niet kan worden beschouwd als een gefixeerde schadeloosstelling in de zin van art. 7:681 BW, is het nog maar de vraag of zij in geval van ontslag door de curator geen faillissementsschuld oplevert. Het enkele feit dat deze verplichting na faillissement is ontstaan mag op zichzelf niet de doorslag geven. Toepassing van mijn subcriterium IIIa leidt hier tot de uitkomst dat, wanneer de afvloeiingsregeling niet als gefixeerde schadeloosstelling in de zin van art. 7:681 BW kan worden beschouwd, de betrokken werknemer wel een faillissementsvordering heeft. De materiële verschuldigdheid van deze schuldvordering is immers geheel bepaald door de afvloeiingsregeling die werkgever en werknemer vóór het faillissement zijn overeengekomen.

131 In dit arrest besliste de Hoge Raad, dat een werknemer die werd ontslagen vlak voordat aan de werkgever surséance van betaling was verleend, voor zijn vordering uit hoofde van een afvloeiingsregeling als laag-preferente (thans ex art. 3:288 onder e BW) faillissementsschuldeiser moest worden erkend.

132 Vgl. De Liagre Böhl, blz. 104. Ook A-G Biegman-Hartogh stelt in haar conclusie (nr. 34) voor het arrest Van der Kooi/De Kort q.q., dat het zonder twijfel onbillijk aandoet dat de werknemer die een dag vóór de faillietverklaring door zijn werkgever wordt ontslagen aan het sociaal plan rechten kan ontfangen en zijn collega die de dag erna van de curator ontslag krijgt, niet. Zij voegt daar echter aan toe dat huertegen "nog geen kruid is gewassen".

1.8.4 De Ranitz q.q./Ontvanger; des-WIR

Aan het arrest HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 m.nt. PvS (De Ranitz q.q./Ontvanger) lag het volgende feitencomplex ten grondslag. In het faillissement van Centrum Beheer verkochten de curatoren een aantal bedrijfsmiddelen, waarvoor de gefailleerde in het verleden investeringsbijdragen (WIR-premies) had ontvangen. Art. 61b IB (oud) bepaalde, dat in geval bedrijfsmiddelen waarvoor WIR-premies waren ontvangen, werden vervreemd binnen een 'wachtermijn' van acht jaar na de ingebruikname, een desinvesteringsbetaling verschuldigd werd (de zogenaamde des-WIR). Voor de hoogte van de des-WIR werd een gelijk percentage berekend over de vervreemdingsprijs, als het percentage dat destijds als WIR-premie was ontvangen. Aan de Hoge Raad werd de vraag voorgelegd of de des-WIR die ontstond tengevolge van de verkoop van de bedrijfsmiddelen door de curatoren, moest worden aangemerkt als boedelschuld. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend, op grond van de overweging dat:

"de betreffende schuld eerst is ontstaan als gevolg van de vervreemding van de betreffende bedrijfsmiddelen door de curatoren. (...) Daaraan doet, anders dan het onderdeel aanvoert, niet af dat de WIR-premies waarop de desinvesteringsbetaling betrekking heeft, door de vennootschap vóór het faillissement zijn genoten (...)"

De Hoge Raad kwalificeert de des-WIR dus als boedelschuld, omdat zij ontstaat als gevolg van een door de curator ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement verrichte rechtshandeling. De Hoge Raad acht niet van doorslaggevend belang dat deze schuldvordering haar grondslag mede vindt in rechtsfeiten die zich vóór de faillietverklaring hebben voorgedaan, te weten de aanschaf van de bedrijfsmiddelen en het ontvangen van een investeringsbijdrage daarvoor.

Ik zou de Hoge Raad hierin niet willen volgen. Een curator die zijn taak juist opvat, kan niet anders dan de betreffende bedrijfsmiddelen verkopen. Zijn handelen is er niet op gericht om de des-WIR te doen ontstaan. Dat is veeleer een bijkomstig gevolg van zijn handelen. Wanneer een schuld ontstaat als bijkomstig gevolg van het handelen van de curator, is zij volgens mijn subcriterium IIIa slechts een boedelschuld, wanneer de verschuldigdheid ook in materiële zin voornamelijk is bepaald door rechtsfeiten die zich na de faillietverklaring hebben voorgedaan. Bij de des-WIR is dat niet het geval. Deze schuld vindt haar oorzaak primair in een rechtsverhouding die

vóór de faillietverklaring door toedoen van de schuldenaar is ontstaan. Anders dan de Hoge Raad, zou ik aan die omstandigheid wel een doorslaggevende betekenis willen toekennen. De des-WIR was al vóór de faillietverklaring latent aanwezig aan de passiva-zijde van het vermogen van de schuldenaar. Zo was destijds niet ongebruikelijk, dat ondernemers op hun balansen voorzieningen troffen ter zake van toekomstige des-WIR-verplichtingen. Op grond van het voorgaande zou de des-WIR als faillissementsschuld moeten worden aangemerkt.

Ook Van Galen is van mening dat de materiële verschuldigdheid van de des-WIR die ontstaat bij verkoop door de curator, in overwegende mate is bepaald door rechtsfeiten die zich vóór de faillietverklaring hebben afgespeeld. Desondanks vindt hij het terecht dat de des-WIR door de Hoge Raad als boedelschuld is aangemerkt, omdat de *omvang* van deze schuld niet in overwegende mate is bepaald door rechtsfeiten van vóór het faillissement. De omvang van de des-WIR is immers een percentage van de verkoopprijs die de curator weet te bedingen¹³³.

Aan de vraag, of de omvang van een schuld in overwegende mate is bepaald door rechtsfeiten die zich vóór dan wel na de faillietverklaring hebben afgespeeld, zou ik minder betekenis willen toekennen. Wat bijvoorbeeld te denken van het volgende geval. De bodem van het bedrijfsterrein van een gefailleerde onderneming is vervuild. Ten tijde van de faillietverklaring waren de geschatte schoonmaakkosten nog relatief gering. De curator besluit echter nog niet tot schoonmaken over te gaan. Een maand later bereikt de vervuiling het grondwater, waardoor de geschatte schoonmaakkosten een veelvoud bedragen van de oorspronkelijke kosten. Is er nu sprake van een boedelschuld, omdat de omvang van de schuld voornamelijk is bepaald door omstandigheden na het faillissement? Ik zou menen van niet.

De beslissing van de Hoge Raad roept diverse vragen op. Zo kan men zich afvragen of de Hoge Raad de des-WIR ook als boedelschuld zou hebben aangemerkt, wanneer niet de curator maar een separatist het betreffende bedrijfsmiddel had verkocht. A-G Mok (3.6.) liet deze vraag uitdrukkelijk onbeantwoord. De Liagre Böhl beantwoordt de vraag bevestigend, omdat

133 Van Galen, WPNR 1996, blz. 417.

hij geen verschil ziet tussen executie door een separatist en de curator: in beide gevallen is er sprake van gedwongen verkoop¹³⁴. Ik kan mij echter niet voorstellen dat de Hoge Raad zo ver heeft willen gaan. De Hoge Raad benadrukt immers het feit dat de schuld is ontstaan door toedoen van de curator. De opmerking van De Liagre Böhl sterkt mij echter in de opvatting, dat het ontstaan van de des-WIR slechts een bijkomstig gevolg is van het handelen van de curator en daarom niet 'automatisch' aan de afwikkeling van de boedel kan worden toegerekend. Wanneer men de beslissing van de Hoge Raad consequent doortrekt, zou iedere schuldvordering die volwaardig wordt tengevolge van een door de curator verrichte (rechts)handeling, een boedelschuld opleveren. Bij de bespreking van het Frima q.q./Blankers-arrest in paragraaf 1.8.5, zal ik aangeven welke (ongewenste) consequenties dat zou hebben.

De des-WIR die ontstaat bij verkoop van een bedrijfsmiddel door de curator, is mijns inziens dus geen boedelschuld maar een faillissementsschuld. Men kan zich afvragen waarin de des-WIR verschilt van de omzetbelasting die verschuldigd wordt bij de verkoop van een goed door de curator. De laatste verplichting levert wel een boedelschuld op. Weliswaar is het ontstaan van de omzetbelastingsschuld evenzeer een bijkomstig gevolg van het handelen van de curator, maar hier spelen doorgaans geen rechtsfeiten van vóór de faillietverklaring een rol. Het handelen van de curator is meestal het enige relevante rechtsfeit, zodat deze schuld reeds op grond van subcriterium IIb een boedelschuld oplevert. Dat de omzetbelastingverplichting vóór haar ontstaan nog niet latent aanwezig was, blijkt ook uit het feit dat ondernemers voor toekomstige omzetbelastingverplichtingen geen voorzieningen plegen te reserveren.

In sommige gevallen is de verschuldigdheid van omzetbelasting echter mede gelegen in rechtsfeiten die zich voor de faillietverklaring hebben voorgedaan. Dat kan aan het kwalificeren als boedelschuld in de weg staan. Zo was de Rechtbank Arnhem (4 april 1985, NJ 1985, 656) van oordeel, dat de verplichting tot afdracht van omzetbelasting ter zake van de onderhandse verkoop van een verhypothetheerd goed¹³⁵, welke kon ontstaan doordat de curator had meegewerkt aan een gezamenlijk verzoek aan de inspecteur

134 De Liagre Böhl, blz. 58.

135 Herziening van vooraf trek ex art. 13 Uitv. Besch. OB 1968.

tot uitzondering van de vrijstelling van omzetbelasting voor de levering van het onroerend goed (optieverzoek)¹³⁶, geen boedelschuld is:

"(...) het ontstaan van deze schuld is nu eenmaal het gevolg van het voor het faillissement door de ondernemer verleende hypotheekrecht, met het daaruit voor de hypotheekhouder voortvloeiende recht op de hoogste opbrengst, dus - zo mogelijk - vermeerderd met omzetbelasting. Hoewel de aanslag voor deze vordering pas tijdens het faillissement zal worden opgelegd betreft het geen verbintenis die haar onmiddellijke grondslag vindt in een rechtsverhouding welke eerst is ontstaan door of na faillissement. De vordering van de Ontvanger is dan ook geen boedelschuld."

1.8.5 *Frima q.q./Blankers; affinancieringsverplichting*

In het arrest HR 12 november 1993, NJ 1994, 229 m.nt. WMK (Frima q.q./Blankers) stond de vraag centraal of de affinanciering van de back-service van pensioenpremies, die verschuldigd wordt wanneer de curator een arbeidsovereenkomst opzegt, een boedelschuld oplevert. Alvorens nader op deze vraag in te gaan, zal ik kort uiteenzetten wat deze affinancieringsverplichting inhoudt¹³⁷.

Bij het aangaan van arbeidsovereenkomsten plegen werkgevers vrijwel standaard pensioentoezeggingen te doen aan hun werknemers. Op dergelijke pensioenregelingen is doorgaans de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) van toepassing. De strekking van deze wet is te waarborgen dat de door de werkgever gedane pensioentoezeggingen ook daadwerkelijk worden gerealiseerd. De wet tracht dit doel mede te bereiken door in art. 2 dwingend een limitatief aantal mogelijkheden voor te schrijven voor de wijze waarop een pensioentoezegging kan worden uitgevoerd. Een van die

136 Vgl. art. 11 lid 1 onderdeel a onder 2 Wet OB 1968.

137 Zie over de affinancieringsverplichting en het voornoemde arrest o.a. W.P.M. Thijssen, De gevolgen van faillissement voor backservicepremie, Adv.bl. 1992, blz. 347-354; E.B. Rank-Berenschot, Adv.bl. 1992, blz. 362-363; W.P.M. Thijssen, Pensioenpremie verschuldigd na ontslag is boedelschuld, Adv.bl. 1992, blz. 386-388; E. Lutjes, Affinancieringsverplichting is boedelschuld, Tijdschrift voor Pensioen Vraagstukken 1992, blz. 74-75; B.F.M. Knüppe, Affinanciering pensioenpremie is boedelschuld, Adv.bl. 1993, blz. 702; F.M.J. Verstijlen, De verplichting tot het storten van pensioenpremies na faillissement, Bb 1993, blz. 234-236; A.I.M. van Mierlo, Verplichting tot affinanciering van backservice-verplichting is boedelschuld, NbbW 1994, blz. 20-22; A. van Hees, Ontruimingsverplichting bij de opzegging van een huurovereenkomst door de curator van een failliete huurder boedelschuld?, NbbW 1994, blz. 38-40 en Van Galen, WPNR 1996, blz. 413-414.

mogelijkheden is dat de werkgever een verzekeringsovereenkomst (een zogenaamde B-polis) sluit met een verzekeraar¹³⁸.

De meest gangbare pensioenberekenningsmethode is de eindloonregeling, waarbij de pensioenaanspraak van een werknemer wordt uitgedrukt in een percentage van zijn laatstverdiende loon. Deze methode heeft als gevolg dat loonsverhogingen leiden tot verhoging van de in het verleden opgebouwde aanspraken (de zogenaamde back-service). Dat betekent dat de werkgever over de periode voorafgaande aan een loonsverhoging inhaalpremies moet betalen. Men spreekt in dat geval van 'affinanciering van de back-service'. De werkgever behoeft deze affinancieringsverplichting niet ineens te realiseren; de betaling kan worden uitgesmeerd over de periode tussen het tijdstip van ontstaan van de verplichting en de datum waarop de betrokken werknemer pensioengerechtigd wordt. Dit levert een probleem op wanneer de betrokken werknemer tussentijds uittreedt, bijvoorbeeld door ontslag vóór het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd. Wanneer de affinanciering van de back-service op dat moment nog niet volledig heeft plaatsgevonden, lijdt de werknemer nadeel, omdat de verzekeraar slechts uitkeringen behoeft te doen voor zover die zijn gedekt door betaalde premies.

Om de werknemer voor een dergelijke nadelige 'pensioenbreuk' te behoeden, heeft de wetgever in 1987 de PSW gewijzigd¹³⁹. Sindsdien heeft de werknemer bij voortijdige beëindiging van het dienstverband op grond van art. 8 van de wet een premievrije aanspraak op een 'evenredig ouderdomspensioen'. Daaronder wordt verstaan het verschil tussen het ouderdomspensioen dat de gewezen werknemer zou hebben gekregen als hij zou hebben deelgenomen tot de pensioengerechtigde leeftijd en het ouderdomspensioen dat hij zou hebben gekregen als hij zou hebben deelgenomen vanaf het tijdstip waarop zijn deelneming eindigde tot de pensioengerechtigde leeftijd. Het nieuwe stelsel van de PSW is voor verzekeringsovereenkomsten nader uitgewerkt in de Regelen verzekeringsovereenkomsten

138 Dit was het geval in het arrest *Frima q.q./Blankers*. De andere mogelijkheden voor de werkgever om zich van zijn pensioenverplichtingen te kwijten zijn: de werknemer in staat stellen zelf een verzekering af te sluiten (de zogenaamde C-polis) en toetreding tot een bedrijfspensioenfonds of tot een ondernemingspensioenfonds.

139 Wet van 11 juni 1987, Stb. 340, in werking getreden op 1 augustus 1987.

Pensioen- en spaarfondsenwet (Regelen PSW)¹⁴⁰. Op grond van art. 9 lid 4 van de Regelen PSW is de werkgever verplicht om ook na tussentijdse beëindiging van het dienstverband voldoende inhaalpremies te storten om de pensioenaanspraken van de voormalige werknemer op het peil van het evenredige ouderdomspensioen te brengen. Werkgever en verzekeraar kunnen overeenkomen dat deze affinancieringsverplichting ineens wordt voldaan. Wordt dat niet overeengekomen, dan kan de werkgever volstaan met een maandelijks storting, zodat de pensioenaanspraken vanaf de dag der beëindiging van het dienstverband tot aan de pensioendatum tijds-evenredig stijgen met het evenredige ouderdomspensioen.

Dit laatste was het geval in de zaak die ten grondslag lag aan het arrest *Frima q.q./Blankers*. De relevante feiten zijn kort geschetst als volgt. Mevrouw Blankers-Van Gennip was sinds augustus 1974 als administratief medewerkster in dienst van Kok Groep Nederland B.V. (KGN). Deze vennootschap had op grond van het toepasselijke pensioenreglement ten behoeve van mevrouw Blankers een pensioenverzekering (derhalve een B-polis) afgesloten bij Nationale Levensverzekering Maatschappij N.V. Op 5 september 1989 werd KGN in staat van faillissement verklaard, waarna curator Frima op 6 september de arbeidsovereenkomst met mevrouw Blankers opzegde. Vervolgens ontstond een geschil over de vraag of de affinancieringsverplichting, die KGN uit hoofde van art. 9 lid 4 Regelen PSW was verschuldigd, moest worden gekwalificeerd als een boedelschuld. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend op grond van de volgende overwegingen:

"De voormelde verplichting tot affinanciering is pas ontstaan door de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator en derhalve als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling. Dit brengt mee dat deze verplichting als een boedelschuld moet worden aangemerkt. Dit wordt - anders dan het middel betoogt - niet anders doordat vòòr de faillietverklaring reeds de hiervoor aangeduide rechtsverhouding tussen KGN, Blankers en Nationale Nederlanden bestond, waarin besloten lag dat een opzegging door de curator tot het ontstaan van de voormelde verplichting zou leiden."

Deze overweging lijkt op de redenering die de Hoge Raad volgde in het hiervoor besproken arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger*. De Hoge Raad lijkt

140 Beschikking van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 16 juli 1987, Stcrt. 143.

uit te gaan van wat ik zou willen noemen het 'toedoen-criterium': omdat de schuld is ontstaan door toedoen van de curator in het kader van de afwikkeling van het faillissement, is het een boedelschuld. Bij mijn bespreking van het arrest De Ranitz q.q./Ontvanger heb ik reeds betoogd, dat het enkele feit dat een schuld is ontstaan door toedoen van de curator, niet doorslaggevend mag zijn voor de vraag of het een boedelschuld betreft. Meer nog dan het arrest De Ranitz q.q./Ontvanger, is het Frima q.q./Blankers-arrest onder curatoren zeer kritisch ontvangen. Ook ik ben van mening dat de uitkomst van dit arrest hoogst ongelukkig is. Hierna zal ik mijn bezwaren uiteenzetten.

In de eerste plaats twijfel ik aan de juistheid van het oordeel van de Hoge Raad, dat de affinancieringsverplichting pas ontstond op het moment waarop de curator de arbeidsovereenkomst met mevrouw Blankers beëindigde. De Hoge Raad verwierp expliciet het verweer van de curator, dat de affinancieringsverplichting reeds bestond voordat hij de arbeidsovereenkomst had opgezegd, namelijk als verbintenis onder opschortende voorwaarde in de zin van art. 6:22 BW, waarop overeenkomstig art. 6:26 BW de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen reeds toegepast konden worden en die zich op het tijdstip van faillietverklaring reeds voor verificatie leende. Kennelijk meent de Hoge Raad dat de affinancieringsverplichting tot het moment van opzegging van de arbeidsovereenkomst een toekomstige schuld is. Daarmee volgt de Hoge Raad het standpunt van A-G Koopmans, die in zijn conclusie (onder nr. 6) voor het arrest stelt dat art. 9 Regelen PSW een nieuwe verbintenis in het leven roept.

Met andere schrijvers¹⁴¹ vraag ik mij af of dit juist is. Uit het voorgaande is gebleken dat de affinancieringsverplichting, bij toepassing van een eindloonsysteem, onafwendbaar is vanaf het moment waarop tussentijds loonsverhogingen hebben plaatsgevonden. Vanaf dat moment weet de werkgever dat hij op enig tijdstip extra pensioenpremies zal moeten betalen om te bewerkstelligen dat de werknemer bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd een evenredige pensioenaanspraak op de verzekeraar heeft. Art. 9 Regelen PSW stelt slechts zeker dat de werkgever deze verplichting ook nakomt wanneer de arbeidsovereenkomst voortijdig wordt beëindigd.

141 Vgl. A. van Hees, a.w. (NbBW 1994), blz. 39; Van Galen, WPNR 1996, blz. 414 en E. Loesberg in zijn noot (nr. 2.8) onder Rb. Maastricht 20 februari 1997, JOR 1997/42.

Onder die omstandigheden ligt het voor de hand om aan te nemen dat de affinancieringsverplichting reeds voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst bestond onder opschortende tijdsbepaling. In dat geval zou de affinancieringsverplichting reeds op grond van criterium I als faillissementsschuld moeten worden aangemerkt. Hooguit zou men nog kunnen stellen dat de affinancieringsverplichting bestaat onder de ontbindende voorwaarde dat de werknemer niet voortijdig (vóór het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd) komt te overlijden. Ook een dergelijke vordering is krachtens art. 129 Fw echter verifieerbaar in faillissement.

Wanneer, ondanks het voorgaande, toch zou moeten worden aangenomen dat de affinancieringsverplichting pas ontstaat op het moment waarop de curator de arbeidsovereenkomst beëindigt, dan nog meen ik dat de kwalificatie als boedelschuld niet is gerechtvaardigd. Het betreft hier immers een schuld die haar grondslag vindt in een rechtsverhouding die reeds lang voor het faillissement in het leven is geroepen. Ik doel hier op de pensioentoezegging die de werkgever jegens zijn werknemer heeft gedaan (en de verzekeringsovereenkomst die vervolgens met een verzekeraar is afgesloten). Anders dan de Hoge Raad¹⁴², zou ik daaraan wél betekenis willen toekennen. Uit criterium III (en subcriterium IIIa) volgt dat in een dergelijk geval moet worden onderzocht of de betreffende verbintenis haar materiële verschuldigdheid voornamelijk vindt in omstandigheden die zich voor het faillissement hebben voorgedaan, of juist in feiten die zich na de faillietverklaring hebben afgespeeld. Ten aanzien van de affinancieringsverplichting is het eerste duidelijk het geval. In paragraaf 1.7 heb ik al betoogd dat zulks kan worden afgeleid uit het feit dat ondernemers voor toekomstige affinancieringsverplichtingen voorzieningen op hun balans plegen te reserveren. Als aanwijzing voor het latent aanwezig zijn van de affinancieringsverplichting voordat zij daadwerkelijk opeisbaar wordt c.q. ontstaat, noemde ik voorts het voorbeeld waarin een onderneming inclusief de bestaande dienstverbanden wordt overgenomen, in welk geval eventuele affinancieringsverplichtingen zeker zullen worden verdisconteerd in de overnameprijs.

De affinancieringsverplichting is derhalve een typisch voorbeeld van een verplichting die ontstaat als een bijkomend gevolg van het handelen van

142 Zie de laatste volzin van de bovengeciteerde overweging van de Hoge Raad.

de curator, en die haar materiële verschuldigdheid vindt in een rechtsverhouding die de schuldenaar vóór het faillissement is aangegaan. De situatie die vóór het faillissement door de schuldenaar is gecreëerd stelt de curator voor een *fait accompli*: wil hij het faillissement kunnen afwickelen, dan kan hij in redelijkheid niet anders dan de arbeidsovereenkomst opzeggen, waardoor onvermijdelijk een schuld ontstaat. Een dergelijke schuld is volgens subcriterium IIIa geen boedelschuld, maar een faillissementsschuld.

Volgens de Hoge Raad is de affinancieringsverplichting een boedelschuld wanneer de curator de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, omdat zij dan is ontstaan als gevolg van een ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling. De vraag rijst wat er zou zijn gebeurd wanneer niet de curator maar mevrouw Blankers de arbeidsovereenkomst zou hebben opgezegd. In dat geval zou de affinancieringsverplichting geen boedelschuld zijn, omdat zij dan niet is ontstaan door toedoen van de curator. In de visie van de Hoge Raad zou mevrouw Blankers waarschijnlijk niet eens een verifieerbare vordering hebben gehad. Dat zou er naar alle waarschijnlijkheid toe hebben geleid dat er geen premies meer zouden worden gestort, in welk geval mevrouw Blankers geen aanspraak meer zou hebben op een evenredig pensioen¹⁴³. Al met al leidt de visie van de Hoge Raad ertoe dat de werknemers, teneinde hun pensioenrechten zeker te stellen, moeten afwachten tot de curator hen ontslaat. Noch de boedel, noch de werknemers zijn daarbij gebaat. Werknemers die een nieuwe baan hebben gevonden voordat zij door de curator zijn ontslagen, zouden hierdoor voor een moeilijk dilemma worden geplaatst. Mijns inziens mag het niet uitmaken wie de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd: de curator of de werknemer. In beide gevallen zou de affinancieringsverplichting een faillissements-schuld moeten zijn.

De beslissing van de Hoge Raad om de affinancieringsverplichting in geval van ontslag door de curator als boedelschuld te kwalificeren, lijkt voorts moeilijk te rijmen met het in paragraaf 1.8.3 besproken arrest Van der Kooi/De Kort. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat uit een vóór de faillietverklaring gesloten afvloeiingsregeling geen boedelschuld kan ontstaan. Dat zou volgens de Hoge Raad leiden tot een doorbreking van de in

143 Zie ook F.M.J. Verstijlen, a.w. (Bb 1993), blz. 235 en Van Galen, WPNR 1996, blz. 414.

art. 40 Fw besloten belangenafweging tussen de faillissementsschuldeisers en de werknemers. Aan de werknemer die een beroep op de afvloeiingsregeling deed, kwam zelfs geen faillissementsvordering toe. Onduidelijk is, waarom de Hoge Raad ten aanzien van de affinancieringsverplichting tot een ander oordeel is gekomen. De affinancieringsverplichting en een vergoedingsverplichting uit hoofde van een afvloeiingsregeling ontstaan beide doordat de curator een arbeidsovereenkomst opzegt. Volgens Lutjes¹⁴⁴ is het verschil gelegen in het feit dat de affinancieringsverplichting ontstaat uit de wet, terwijl de verplichting uit hoofde van een afvloeiingsregeling ontstaat uit een overeenkomst. De relevantie van dit verschil ontgaat mij. Van Galen¹⁴⁵ stelt dat art. 40 Fw, en derhalve ook de daarin vervatte limitering van bedragen waarvoor de werknemer in het faillissement kan opkomen, slechts geldt voor loon en schadevergoedingen maar niet voor verplichtingen als de affinancieringsverplichting. Indien dit laatste juist is, staat het arrest Van der Kooi/De Kort overigens ook niet in de weg om de affinancieringsverplichting als faillissementsschuld aan te duiden.

Mijn belangrijkste bezwaar tegen de arresten De Ranitz q.q./Ontvanger en Frima q.q./Blankers is, dat een consequente redenering op de lijn die de Hoge Raad in deze arresten heeft uitgezet, als gevolg zal hebben dat het aantal boedelschulden in de toekomst alleen nog maar zal toenemen. Dat is in strijd met het in paragraaf 1.3 geformuleerde uitgangspunt dat het aantal boedelschulden beperkt moet blijven, teneinde het verhaalsaspect van de paritas creditorum zo goed mogelijk te waarborgen. Er zijn vele andere overeenkomsten denkbaar waaruit verplichtingen ontstaan op het moment waarop zij door de curator worden beëindigd.

Van Hees¹⁴⁶ noemt als voorbeeld de huurovereenkomst, bij opzegging waarvan op de huurder de verplichting rust het gehuurde te ontruimen en in zijn oorspronkelijke staat terug te brengen. Hiermee kunnen aanzienlijke bedragen gemoeid zijn. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie waarin de

144 E. Lutjes, Bescherming pensioenrechten bij faillissement, NJB 1992, blz. 898. Zie ook W.P.M. Thijssen, a.w. (Adv.bl. 1992), blz. 350 en F.M.J. Verstijlen, Enige beschouwingen naar aanleiding van A.L. Leuftink, Surséance van betaling, TvI 1996/2, blz. 42.

145 Van Galen, WPNR 1996, blz. 414.

146 A. van Hees, a.w. (NbbW 1994), blz. 39. Zie ook G.J. Knijp, Wie betaalt verwijdering van chemisch afval bij faillissement?, Trema 1993, blz. 284-289 en F.M.J. Verstijlen, a.w. (TvI 1996/2), blz. 41-42.

curator wordt geconfronteerd met chemisch afval dat in het gehuurde bedrijfspand van de gefailleerde ligt opgeslagen. Zou de curator de huurovereenkomst opzeggen, dan zou de verplichting tot verwijdering van het chemische afval op grond van het Frima q.q./Blankers-criterium een boedelschuld opleveren. Deze consequentie is naar mijn opvatting onaanvaardbaar¹⁴⁷. De verplichting ontstaat weliswaar op het moment waarop de curator de huurovereenkomst opzegt, maar vindt haar materiële grondslag voornamelijk in rechtsfeiten waarin de schuldenaar vóór het faillissement de hand heeft gehad. De verplichting was derhalve vóór het faillissement al latent aanwezig. Dat blijkt bijvoorbeeld wanneer een huurder zijn huurderspositie overdraagt aan een derde. In dat geval zal die derde met de toekomstige ontruimingsverplichting zeker rekening houden en deze in de overnameprijs verdisconteren¹⁴⁸. Aan de ontruimingsverplichting wordt naar bedrijfseconomische maatstaven dus al een zekere waarde toegekend voordat zij juridisch ontstaat. Om die reden is zij, wanneer zij ontstaat op het moment waarop de curator de huurovereenkomst beëindigt, geen boedelschuld maar een faillissementsschuld^{149 150}.

Een ander voorbeeld is de verplichting van een werkgever om in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst krachtens art. 7:641 BW (7A:1638ii BW (oud)) de door de werknemer niet genoten vakantiedagen in geld te vergoeden. Wanneer de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd door de curator, zou men analoog aan het Frima q.q./Blankers-arrest kunnen redeneren dat deze schuld pas is ontstaan door de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator, en derhalve als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling. Bij monde van het GAK stellen de bedrijfsverenigingen zich inderdaad op dit stand-

147 Ook Leuftink (blz. 248) acht dit mogelijke gevolg van het Frima q.q./Blankers-arrest onwenselijk.

148 Ontleend aan A. van Hees, a w, biz 40

149 Anders: Ktg. Rotterdam 19 mei 1931, NJ 1932, blz. 70.

150 Een andere interessante vraag is of de curator gehouden is op kosten van de boedel (derhalve in de vorm van een boedelschuld) gehoor te geven aan een bestuursrechtelijke aanschnijving (het aanzeggen van bestuursdwang of het opleggen van een bestuursrechtelijke dwangsom) om chemisch afval te verwijderen van het bedrijfsterrein van de gefailleerde. Deze vraag is ontkennend beantwoord door de Voorzitter van de Afdeling Bestuursrechtspraak 25 oktober 1996, JOR 1997/41 m.nt A. van Hees. Een ander standpunt wordt ingenomen door F.M.J. Verstijlen, De faillissementscurator tegenover mulieurechtelijke normen, in: De curator, een octopus, Deventer 1996, blz. 273-288.

punt¹⁵¹. Op die manier trachten zij hun regresvordering ter zake van krachtens de loongarantieregeling overgenomen vakantiegeld-betalingen, als boedelvordering voldaan te krijgen¹⁵². De bedrijfsverenigingen hebben hierin bijval gekregen van de Staatssecretaris van Financien¹⁵³. Ik vrees dat, door de ongelukkige jurisprudentie van de Hoge Raad, tegen de redenering van de bedrijfsverenigingen weinig is in te brengen¹⁵⁴.

Op grond van het voorgaande luidt mijn conclusie, dat de Hoge Raad terug zou moeten komen van de weg die hij in de arresten *De Ranutz q.q./Ontvanger en Frima q.q./Blankers* is ingeslagen. Zowel de des-WIR die ontstaat bij verkoop van een bedrijfsmiddel door de curator, als de affinancieringsverplichting die ontstaat wanneer de curator een werknemer ontslaat, moeten als faillissementsschulden worden aangemerkt.

-
- 151 Het GAK verkondigt dit standpunt in de standaardbrieven die het gebruikt om zijn faillissements- en boedelvorderingen bij de curator aan te melden, zie *TvI 1995/6-Nieuwsbrief* blz 49
- 152 Behalve op de analogie interpretatie van het *Frima q.q./Blankers*-arrest beroepen de bedrijfsverenigingen zich erop, dat de verplichting van art 7 641 BW onder het loonbegrip van art 40 Fw valt en reeds om die reden een boedelschuld oplevert. Voor dit standpunt zoeken zij aansluiting bij *Rb. Amsterdam* 24 juni 1981, *NJ 1984*, 83. Zo ook *M. Polak/N.J. Polak*, blz 144. Anders *G.C. van Daal*, *Vordering voor niet genoten vakantiedagen boedelschuld?*, *TvI 1996/6*, blz 152-153.
- 153 Brief van de Staatssecretaris van Financien van 23 november 1995 aan de Belastingdienst te Winterswijk. Deze brief is grotendeels gepubliceerd in *TvI 1996/2-Nieuwsbrief*, blz 20.
- 154 Anders *G.C. van Daal*, a.w. (*TvI 1996/6*), blz 150. Van Daal meent dat het beroep van de bedrijfsverenigingen op het *Frima q.q./Blankers*-arrest minder sterk is dan op het eerste gezicht lijkt. Terecht stelt hij dat de vordering ex art 7A 1638u BW (oud) niet los kan worden gezien van de op het moment van het ontslag reeds bestaande arbeidsovereenkomst. De affinancieringsverplichting daarentegen zou, zo interpreteert Van Daal het *Frima q.q./Blankers*-arrest, los staan van de ten tijde van het ontslag reeds bestaande rechtsverhouding tussen de werknemer, de werkgever en de pensioenverzekeraar. Ik betwijfel of de Hoge Raad zulks heeft willen stellen.

VERSCHILLENDE SOORTEN BOEDELSCHULDEN

2.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat in faillissement drie schuldsoorten moeten worden onderscheiden: faillissementsschulden, niet-verifieerbare schulden en boedelschulden. In het navolgende zal voornamelijk de categorie boedelschulden centraal staan. Zo zal in dit hoofdstuk worden beschreven dat de boedelschulden geen homogene groep vormen, maar dat zij moeten worden onderverdeeld in categorieën. Deze onderverdeling is van belang voor de vraag, uit welke boedelactiva de boedelschulden onmiddellijk en vooraf moeten worden voldaan. Het antwoord op die vraag bepaalt weer, ten laste van welke (groep) faillissementsschuldeisers de voorafbetaling van de boedelschulden feitelijk geschiedt.

De wijze waarop de voorafbetaling van de boedelschulden moet worden gerealiseerd, is in de Faillissementswet summier geregeld. Art. 182 Fw bepaalt slechts, dat de algemene faillissementskosten moeten worden omgeslagen over ieder deel van de boedel. Hoewel daarover in de wet of de wetsgeschiedenis niets expliciet blijkt, wordt uit deze bepaling afgeleid, dat binnen de groep boedelschulden een onderscheid moet worden gemaakt tussen algemene faillissementskosten en bijzondere faillissementskosten.

De algemene faillissementskosten worden op de voet van art. 182 Fw omgeslagen over ieder deel van de boedel. Dit betekent dat de faillissementsschuldeisers, preferent of concurrent, pas kunnen worden voldaan nadat op iedere bate van de boedel een omslagpercentage in mindering is gebracht¹. De bijzondere faillissementskosten komen niet voor een dergelijke omslag in aanmerking, maar worden in mindering gebracht op de bate waarop ze specifiek betrekking hebben. Zij komen daardoor ten laste van de laagst gerangschikte (groep) faillissementsschuldeiser(s) die nog uit de

1 In hoofdstuk 3 zal dit systeem van omslag van de algemene faillissementskosten ex art. 182 Fw nader worden toegelicht.

betreffende bate kan (kunnen) worden voldaan. Daarmee is de relevantie geschetst van de vraag, welke boedelschulden moeten worden gerekend tot de algemene faillissementskosten en welke boedelschulden als bijzondere faillissementskosten moeten worden aangemerkt. Deze vraag zal worden beantwoord in paragraaf 2.2.

Naast de tweedeling algemene en bijzondere faillissementskosten, wordt door sommige schrijvers nog een derde categorie boedelschulden onderscheiden, die men aanmerkt als 'overige boedelschulden'. Deze overige boedelschulden zouden noch in mindering moeten worden gebracht op een specifieke bate, noch in aanmerking komen voor omslag over ieder deel van de boedel. Wat de consequenties zijn van een dergelijke driedeling, en of deze opvatting navolging verdient, zijn vragen die in paragraaf 2.3 zullen worden beantwoord.

2.2 Algemene versus bijzondere faillissementskosten

2.2.1 Plan van behandeling

Deze paragraaf behandelt de vraag, welk criterium moet worden gehanteerd om in een concreet geval te kunnen bepalen of een bepaalde boedelschuld moet worden gerekend tot de algemene faillissementskosten of tot de bijzondere faillissementskosten². Ik stel deze vraag niet omdat hierover in de praktijk of de doctrine veel onenigheid zou bestaan. Het tegendeel is waar. De reden van mijn vraagstelling is echter, dat ik twijfels heb over de juistheid van de wijze, waarop doorgaans invulling wordt gegeven aan het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten. Na een korte bespreking van deze heersende opvatting zal ik mijn bezwaren hiertegen uiteenzetten en tegelijkertijd een alternatief aandragen. Daarbij wordt ruim aandacht besteed aan de vraag, welke dogmatische gedachte aan het onderscheid tussen de algemene en bijzondere faillissementskosten ten grondslag ligt. Omdat dit onderscheid niet alleen van belang is voor de wijze waarop de boedelschulden ten laste van de faillissementsschuldeij-

2 Ik schreef hierover reeds in mijn opstel 'Boedelschulden: het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten', in: De curator, een octopus, Deventer 1996, blz. 101-121. Dit opstel en de onderhavige paragraaf overlappen elkaar ten dele.

sers worden gebracht, maar ook consequenties heeft voor de rangorde van boedelschuldeisers onderling, zal aan het slot van deze bijdrage, vooruitlopend op hoofdstuk 5, kort de afwikkeling van een negatieve boedel aan de orde komen.

2.2.2 *Heersende opvatting*

In de literatuur³ en de rechtspraak⁴ worden de bijzondere faillissementskosten vrijwel unaniem omschreven als kosten die noodzakelijkerwijs zijn gemaakt om een bepaalde bate voor de boedel te realiseren. Men vraagt zich steeds af of een bepaalde uitgave is gedaan in verband met de afwikkeling van het faillissement in het algemeen, dan wel ten behoeve van een bepaalde opbrengst in het bijzonder. In het laatste geval wordt de uitgave in mindering gebracht op de opbrengst van het goed waarop ze specifiek betrekking heeft. Alle andere boedelschulden worden betrokken in de omslag van de algemene faillissementskosten. Tot de bijzondere faillissementskosten worden onder meer de volgende boedelschulden gerekend:

- Kosten die zijn verbonden aan het te gelde maken van vermogensbestanddelen: veilingkosten, makelaarskosten, taxatiekosten, vervoerskosten, af te dragen omzetbelasting, etc.
- Kosten van inlossing, gemaakt door de curator om een goed te bevrijden van een daarop rustend pand- of hypotheekrecht⁵ (art. 58 lid 2 Fw) of retentierecht (art. 60 lid 2 Fw).
- Kosten in verband met een door de curator verkozen nakoming van een overeenkomst als bedoeld in art. 37 Fw. Gedacht kan ook worden aan de kosten die voortvloeien uit een door de schuldenaar na diens faillietverklaring aangegane overeenkomst waardoor de boedel is gebaat (art. 24 Fw).
- Verplichtingen die ontstaan als gevolg van vervreemding van bedrijfsmiddelen door de curator. Men denke bijvoorbeeld aan de desinvesteringsverplichting die ontstaat, wanneer de curator een be-

3 Vgl. o.a. Smits, blz. 28, Loeff, blz. 7; Vollmar, blz. 832-833, M. Polak/N.J. Polak, blz. 341, De Liagre Bohll, blz. 247, N.J. Polak/C.E. Polak, blz. 213; Huizink, blz. 52; Van Buchem-Spapens, blz. 60-61, Faillissementswet, Van Zeben - Van Galen/De Liagre Bohll, art. 180, aantekening 5.

4 Zie de hierna te noemen uitspraken

5 Vgl. HR 16 februari 1968, NJ 1968, 253.

drijfsmiddel verkoopt waarvoor de gefailleerde bij aanschaf een investeringsbijdrage had genoten⁶.

- Proceskosten die de curator in verband met een bepaalde bate heeft gemaakt. Hebben proceskosten ertoe gestrekt de boedel in het algemeen te vereffenen, dan worden ze tot de algemene faillissementskosten gerekend.
- Kosten in verband met de voortzetting van het bedrijf van de gefailleerde, wanneer deze voortzetting tot een positief resultaat heeft geleid. Op de uitdelingslijst worden dan de bruto-ontvangsten opgenomen, verminderd met de kosten die aan de voortzetting waren verbonden. Onder die kosten zijn bijvoorbeeld begrepen de huursom, verschuldigd voor het in huur houden van een winkel of van een pakhuis⁷, de loon- en premiekosten voor werknemers die in het kader van de bedrijfsvoortzetting nog actief zijn geweest, en belastingsschulden die ontstaan door de voortzetting van het bedrijf. Voortzetting van een bedrijf wordt onderscheiden van liquidatie door geleidelijke afwikkeling⁸.

2.2.3 Afbakeningsprobleem

In de hiervoor beschreven opvatting is het onderscheid tussen de algemene en de bijzondere faillissementskosten een toerekeningsvraagstuk. Boedelschulden waartegenover geen aanwijsbaar actief staat worden als algemene faillissementskosten aangemerkt. Wanneer er een voldoende verband bestaat tussen een uitgave en een opbrengst, in die zin dat de opbrengst niet kon worden verkregen zonder de uitgave, wordt de uitgave aan de betreffende bate toegerekend. De vraag is echter hoe ver men hierin moet gaan. Tot in het uiterste doorgevoerd, kunnen zeer veel boedelschulden worden toegerekend. Ergens moet de curator een grens trekken, alleen al om praktische redenen. Dat maakt dat het onderscheid tussen beide categorieën boedelschulden niet altijd scherp is.

6 In paragraaf 1.8.4 heb ik reeds betoogd dat de des-WIR die ontstaat bij verkoop door de curator ten onrechte als boedelschuld is aangemerkt in HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 m.nt. PvS (De Ranitz q.q./Ontvanger).

7 Vgl. Rb. Amsterdam 18 april 1900, W. 7447 (1900).

8 Vgl. Rb. Rotterdam 19 januari 1934, NJ 1935, blz. 465

Heel duidelijk manifesteert dit probleem zich ten aanzien van het salaris en de verschotten van de curator. Strikt genomen zou een belangrijk gedeelte daarvan ten last van de diverse baten kunnen worden gebracht, in verhouding tot de werkzaamheden die het realiseren van iedere bate heeft gevorderd. Niemand zal echter van de curator verlangen dat hij bij iedere verstuurde brief nagaat welk belang daarmee is gediend, zodat hij zijn tijdsbesteding, die van zijn secretaresse en de porto-kosten hieraan kan toerekenen. Hoe echter te handelen, wanneer de curator diverse uren heeft besteed aan de verkoop van één onroerende zaak? Consequent geredeneerd, zou men de daaraan verbonden salariskosten en eventuele verschotten als bijzondere faillissementskosten in mindering moeten brengen op de opbrengst van het betreffende goed. In de praktijk gebeurt dat niet, maar worden deze kosten standaard ondergebracht bij de algemene faillissementskosten en derhalve over alle baten omgeslagen. Wanneer de curator echter besluit de verkoop van een onroerend goed uit te besteden aan een makelaar, worden de daaraan verbonden kosten weer wel als bijzondere faillissementskosten aangemerkt.

Het afbakeningsprobleem speelt niet alleen ten aanzien van het salaris en de verschotten van de curator. Wat bijvoorbeeld te denken van de taxatiekosten van een bedrijfsinventaris, die als een 'lump-sum' worden gedeclareerd, terwijl een bepaalde schuldeiser bevoorrecht is op de opbrengst van één of meer bepaalde zaken van die inventaris? Moet een gedeelte van de taxatiekosten dan als bijzondere faillissementskosten in mindering worden gebracht op de opbrengst van die bepaalde zaken? En hoe te handelen wanneer de inventaris in zijn geheel wordt verkocht?⁹ Problematisch zijn ook de kosten van toelevering van energie tijdens het faillissement. Stel dat de curator in het faillissement van een voedselverwerkingsbedrijf een partij Argentijns rundvlees enige maanden ingevroren laat in afwachting van een koper. Moet de curator nu nagaan welk gedeelte van de elektriciteitsrekening aan de opbrengst van deze partij vlees kan worden toegerekend?

Zo kan men talloze voorbeelden bedenken waarin, met behulp van het geijkte criterium, de grens tussen de algemene en de bijzondere faillissementskosten niet helder is te trekken. Het wordt daarom als wenselijk beschouwd dat aan de curator een zekere beleidsvrijheid wordt gelaten in de

9 Dit voorbeeld is ontleend aan Huizink, blz. 52.

beslissing of hij bepaalde uitgaven als algemene of als bijzondere faillissementskosten wil beschouwen¹⁰. Ik heb hierover mijn aarzelingen. Evident is dat de curator een zekere beleidsvrijheid heeft bij de wijze waarop hij de boedel beheert en actief realiseert. Naar de omstandigheden van ieder geval zal hij naar eigen inzicht diverse vragen moeten beantwoorden. Moet het bedrijf (tijdelijk) worden voortgezet? Moet onderhandse of openbare verkoop plaatsvinden? Moet wel of geen makelaar worden ingeschakeld? De complexe taak van de curator, de tijdsdruk waaronder hij werkt en de verschillende belangen die hij daarbij in acht moet nemen, maken dat de ene curator in dit soort vraagstukken een andere inschatting zal maken dan de andere¹¹. Wanneer het echter aankomt op de verdeling van het gerealiseerde actief onder de daarvoor in aanmerking komende schuldeisers, meen ik dat de rechtszekerheid vordert dat deze verdeling zoveel mogelijk volgens duidelijke criteria geschiedt. Dat ook de Hoge Raad daaraan veel belang hecht, blijkt uit zijn beschikking van 30 juni 1995, NJ 1996, 554 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (MeesPierson/Mentink q.q). Deze beschikking zal uitgebreid worden besproken in paragraaf 2.3.4, omdat het primair gaat over de vraag of er naast de algemene en bijzondere faillissementskosten nog een derde categorie 'overige boedelschulden' zou moeten worden onderscheiden. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag ontkennend, onder andere op grond van de overweging dat:

"(...) de rechtszekerheid die bij de afwikkeling van faillissementen vereist is en die, bij het aanvaarden van een onderscheid van voormelde aard (tussen faillissementskosten en (overige) boedelschulden, GAJB), bij gebreke van enige duidelijke maatstaf in het gedrang zou komen."

De Hoge Raad erkent hiermee het belang van duidelijke maatstaven bij de afwikkeling van het faillissement. Daaronder is, gezien de strekking van de beschikking, in het bijzonder de wijze van doorbelasting van de boedelschulden te verstaan. Het is dus ook van groot belang dat een duidelijke maatstaf wordt gehanteerd voor het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten. Naar mijn mening schiet het 'toerekeningscriterium' in dit opzicht tekort. Alvorens een werkbaar alternatief aan te

10 Zo bijvoorbeeld Loeff, blz. 7-9 en Faillissementswet, Van Zeven - Van Galen/De Liagre Böhl, art. 180, aantekening 5.

11 Vgl. HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 m.nt. WMK (Maclou en Prouvost/curatoren Van Schuppen); JOR 1996/48 m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

dragen, zal ik eerst nagaan waarop het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten kan worden gebaseerd.

2.2.4 Grondslag voor het onderscheid

Bedacht moet worden dat de Faillissementswet het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten niet expliciet maakt. Noch in deze wet, noch in de geschiedenis van haar totstandkoming, wordt met enig woord gerept over de bijzondere faillissementskosten. Het bestaan van deze categorie boedelschulden wordt impliciet afgeleid uit het feit dat art. 182 lid 1 Fw niet spreekt van 'boedelschulden' of van 'faillissementskosten', maar van '*algemene* faillissementskosten', die over ieder deel (actief) van de boedel moeten worden omgeslagen. De vraag rijst of er naast deze bepaling niet een meer expliciete grondslag is aan te wijzen, waaruit kan worden afgeleid waarom sommige boedelschulden ten laste moeten komen van alle baten en andere boedelschulden geheel op één bate drukken.

Ter beantwoording van deze vraag is het nuttig de aard en het karakter van de boedelschulden nog eens nader te bestuderen. In paragraaf 1.5.2 heb ik betoogd, dat de rechtsgrond voor de voorafbetaling van de boedelschulden mede kan worden gevonden in art. 3:277 lid 1 BW. Uit die bepaling volgt, dat schuldeisers verhaal hebben op de netto-opbrengst, dat wil zeggen de bruto-opbrengst minus de kosten van executie. In faillissement moet het begrip netto-opbrengst ruim worden opgevat en worden de kosten van executie gevormd door de boedelschulden. Pas nadat de boedelschulden zijn voldaan, resteert de netto-opbrengst die onder de faillissementsschuldeisers kan worden verdeeld.

In paragraaf 1.5.2 is voorts beschreven dat de boedelschulden moeten worden onderscheiden in twee soorten executiekosten, te weten de vereffeningskosten en de eigenlijke executiekosten. Daarvoor heb ik aangevoerd dat het faillissement een vorm van vereffening is, welk begrip ik definieerde als: het beheren, te gelde maken en verdelen van een vermogen als eenheid (als boedel) door een rechtens daartoe aangewezen persoon (de vereffenaar) ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Een vereffening kan men onderscheiden van een executie door een individuele schuldeiser. Laatstgenoemde executie strekt slechts ten behoeve van deze ene schuldeiser en omvat niet een vermogen als eenheid, maar slechts één of meer be-

standdelen daarvan. Bij een vereffening worden kosten gemaakt die men kan aanduiden als vereffeningskosten. Dit zijn de kosten die onder het oude recht werden aangemerkt als 'geregtskosten uitsluitend veroorzaakt door uitwinning en boedelredding' en waaraan op grond van art. 1195 onder 1 BW (oud) het hoogste algemene voorrecht werd toegekend. In zijn arrest van 21 december 1951, NJ 1952, 563 werden deze kosten door de Hoge Raad omschreven als:

"kosten welke, op wettige wijze gemaakt, er toe strekken den boedel t.b.v. de gezamenlijke schuldeisers te vereffenen en de opbrengst daarvan, naar den eis der wet, onder hen te verdelen."¹²

Dit zijn naar mijn mening de kosten die in faillissement worden aangemerkt als de algemene faillissementskosten¹³. Deze categorie boedelschulden bestaat dus uit de 'vereffeningskosten' of - zoals men ze ook wel kan aanduiden - 'kosten van algemene executie'¹⁴. De algemene faillissementskosten kunnen bijvoorbeeld worden vergeleken met de door een boedelnotaris in een beneficiair aanvaarde nalatenschap - eveneens een vereffenaar als de faillissementscurator - gemaakte vereffeningskosten, zoals de kosten van boedelbeschrijving, van het opmaken der rekening, het honorarium van de boedelnotaris etc. Art. 4:1087 BW bepaalt dat deze kosten ten laste van de nalatenschap komen. De eigenlijke grondslag voor betaling van deze kosten vóór de schulden en legaten moest, blijkens literatuur en lagere rechtspraak, onder het oude recht worden gevonden in het feit dat deze uitgaven waren te beschouwen als gerechtskosten uitsluitend veroor-

12 Zie ook de conclusie van A-G Eggers voor dit arrest, waarin hij schrijft dat 'boedelredding' in de zin van art. 1195 onder 1 BW (oud) naar de bedoeling van de wetgever "zich zou voordoen in gevallen als die van een beneficiair aanvaarde of onbeheerde nalatenschap en van faillissement of staat van kennelijk onvermogen, dat wil zeggen in gevallen waarin in een boedel een 'curator' fungeert in de zin van een orgaan, dat, ten behoeve van alle daarbij betrokkenen, een vermogen als eenheid beheert en - voor zoveel mogelijk - vereffent." Vgl. ook Voorduin, deel IV, Parl. Gesch. BW (oud), blz. 412.

13 Zie ook M. Polak/N.J. Polak, blz. 340.

14 Vgl. Memorie van Toelichting op art. 182 Fw, Van der Feltz, II, blz. 240-241, waarin de regering met betrekking tot de algemene faillissementskosten spreekt van "kosten van algemene executie" die "worden uitgegeven ten bate van alle geverifieerde schuldeisers".

zaakt door uitwinning en boedelredding als bedoeld in art. 1195 onder 1 BW (oud)¹⁵.

Wanneer de algemene faillissementskosten kunnen worden geïdentificeerd met de kosten van art. 1195 onder 1 BW (oud), ligt het voor de hand om de bijzondere faillissementskosten aan te merken als de kosten die onder het oude recht werden aangemerkt als 'gerechtskosten uitsluitend veroorzaakt door de uitwinning van eene roerende zaak of onroerende zaak'. Krachtens art. 1185 onder 1 BW (oud) moesten deze kosten als hoogst bijzonder bevoorrechte schulden worden voldaan uit de opbrengst van de uitgewonnen zaak. Vreemd genoeg wordt deze conclusie naar mijn weten nergens in de literatuur getrokken. Veelal wordt volstaan met de stelling dat *de* boedelschulden of *de* faillissementskosten, zonder daarbij onderscheid te maken tussen de algemene en bijzondere faillissementskosten, de kosten zijn als bedoeld in art. 1195 onder 1 BW (oud)¹⁶. Dat is mijns inziens onjuist. Het feit dat er in faillissement een vereffening van een vermogen als (afgescheiden) eenheid plaatsvindt, waarbij vereffeningskosten in de zin van art. 1195 onder 1 BW (oud) worden gemaakt, neemt niet weg dat de curator vaak individuele bestanddelen van dat vermogen te gelde moet maken, waarbij kosten worden gemaakt die ook in geval van een individuele executie als executiekosten zouden worden aangemerkt. Ik noem dit de eigenlijke executiekosten. Dit zijn de kosten waarop art. 1185 onder 1 BW (oud) betrekking had.

15 Vgl. Hof Amsterdam 25 mei 1971, NJ 1972, 245 en Rb. 's-Gravenhage 3 oktober 1966, NJ 1967, 429. Zie ook Asser-Meijers-Van der Ploeg (Erfrecht), tiende druk, Zwolle 1988, waarin behalve naar art. 1195 onder 1 BW (oud) ook wordt verwezen naar art. 182 Fw. In de elfde (1992) en twaalfde druk (1996, bewerkt door Perrick), is art. 1195 onder 1 BW (oud) vervangen door art. 3:288 (kennelijk: onder a) BW. Dit laatste is mijns inziens onjuist. Art. 3:288 onder a BW ziet slechts op de kosten om tot vereffening *te komen* (bijvoorbeeld de kosten van het aanvragen van het faillissement); niet op de vereffeningskosten zelf. De vereffeningskosten vallen thans onder de kosten van executie van art. 3:277 BW. Zulks kan worden afgeleid uit de in paragraaf 1.5.2 geciteerde wetsgeschiedenis: de toelichting van Meijers bij het ontwerp van het huidige art. 3:277 BW (Parl. Gesch. Boek 3, blz. 856) en de Nota van Wijzigingen bij art. 3:288 BW (Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1390).

16 In M. Polak/N.J. Polak wordt op blz. 340 weliswaar slechts ten aanzien van de algemene faillissementskosten verwezen naar art. 1195 onder 1 BW (oud) en worden de bijzondere faillissementskosten omschreven als 'kosten van bijzondere executie' (blz. 341), maar bij het laatste wordt niet verwezen naar art. 1185 onder 1 BW (oud).

Zoals in paragraaf 1.5.2 reeds is vermeld, zijn de voorrechten van art. 1185 onder 1 BW (oud) en art. 1195 onder 1 BW (oud) onder het huidige recht vervangen door de regel van art. 3:277 lid 1 BW, dat schuldeisers verhaal hebben op de netto-opbrengst, dat wil zeggen de bruto-opbrengst minus de kosten van executie. Daardoor komt het onderscheid tussen vereffeningskosten en eigenlijke executiekosten in de wet niet meer expliciet tot uitdrukking. Dat wil echter niet zeggen dat dit onderscheid niet meer kan worden gemaakt. Integendeel: uit de toelichting van Meijers bij art. 3:277¹⁷ kan worden afgeleid, dat onder 'kosten van executie' in de zin van die bepaling zowel de kosten van art. 1185 onder 1 BW (oud) als de kosten van art. 1195 onder 1 BW (oud) vallen.

In faillissement komt het onderscheid tussen vereffeningskosten en eigenlijke executiekosten dus tot uitdrukking in het onderscheid tussen algemene faillissementskosten en bijzondere faillissementskosten. Daarbij zou ik willen aannemen dat uit het systeem van de wet volgt, dat de bijzondere faillissementskosten vóór de algemene faillissementskosten gaan¹⁸.

Resumerend leidt de hier besproken visie tot de volgende conclusies¹⁹:

Boedelschulden zijn te beschouwen als kosten van executie. Zij moeten daarom op grond van art. 3:277 lid 1 BW vooraf uit het boedelactief worden voldaan, waarna de netto-opbrengst resteert die onder de faillissementsschuldeisers kan worden verdeeld. De boedelschulden kunnen daarbij worden onderverdeeld in twee soorten kosten van executie:

- a. Enerzijds zijn er kosten die de curator heeft gemaakt bij de executie van bepaald goed uit de boedel, welke ook in geval van individuele executie buiten faillissement als executiekosten zouden worden aangemerkt. Dit zijn de eigenlijke executiekosten, die in faillissement worden gevormd door de bijzondere faillissementskosten. Zij moeten ex art. 3:277 lid 1 BW (art. 1185 onder 1 BW (oud)) vooraf wor-

17 Parl. Gesch. Boek 3, blz. 856. Deze toelichting is geciteerd in paragraaf 1.5.2.

18 Onder het oude recht bleek uit art. 1184 BW (oud; vgl. art. 3:280 BW) dat de eigenlijke executiekosten van art. 1185 onder 1 BW (oud) vóór de vereffeningskosten van art. 1195 onder 1 BW (oud) gingen.

19 Zie ook mijn noot onder Rb. Breda 19 maart 1996, JOR 1996/38.

den voldaan uit de bruto-opbrengst van het geëxecuteerde goed, ten einde de netto-opbrengst daarvan te verkrijgen.

- b. Alle andere boedelschulden zijn te beschouwen als vereffeningskosten. Dat zijn kosten die zijn veroorzaakt door de vereffening van de gehele boedel ten behoeve van de gezamenlijke faillissementsschuldeisers. De vereffeningskosten vormen in faillissement de algemene faillissementskosten. Deze kosten moeten ex art. 3:277 lid 1 BW (art. 1195 onder 1 BW (oud)) vóór de faillissementsschulden worden voldaan uit de netto-opbrengst (in vorenbedoelde zin; dus na aftrek van de bijzondere faillissementskosten) van ieder onderdeel van de boedel. Door de omslagregel van art. 182 Fw drukken zij gelijkmatig op iedere bate.

Wat betekent een en ander nu concreet, wanneer een bepaalde opbrengst uit de boedel moet worden verdeeld omdat daarop een bijzondere preferentie rust? Van deze opbrengst worden eerst de bijzondere faillissementskosten afgetrokken. Op de resterende opbrengst moet vervolgens het omslagpercentage voor de algemene faillissementskosten in mindering worden gebracht. Het bedrag dat dan nog resteert, is beschikbaar voor uitkering aan de bijzonder bevoorrechte schuldeiser. Dit betekent in feite dat, wanneer er bij de executie van een boedelbestanddeel bijzondere faillissementskosten zijn gemaakt, dit bestanddeel twee netto-opbrengsten heeft. Ten eerste is er de netto-opbrengst die resteert nadat de bijzondere faillissementskosten in mindering zijn gebracht. Dit is de netto-opbrengst zoals die in de uitdelingslijst is opgenomen. Dit is echter niet de netto-opbrengst waaruit de vorderingen van de faillissementsschuldeisers kunnen worden voldaan. Over deze netto-opbrengst dient immers eerst nog op de voet van art. 182 Fw een evenredig deel van de algemene faillissementskosten te worden omgeslagen. Pas daarna resteert de netto-opbrengst die ex art. 3:277 lid 1 BW ter verdeling beschikbaar is voor de faillissementsschuldeisers. Om begripsverwarring te voorkomen, zal ik het begrip 'netto-opbrengst' reserveren voor de opbrengst die van een bepaald boedelbestanddeel resteert, nadat daarvan de bijzondere faillissementskosten zijn afgetrokken. De opbrengst die van alle boedelbestanddelen overblijft nadat daarop een evenredig deel van de algemene faillissementskosten in mindering is gebracht, zal ik hierna de (voor de faillissementsschuldeisers) 'beschikbare opbrengst' noemen. In voorbeeld 1 wordt een en ander nader toegelicht:

Voorbeeld 1

De algemene faillissementskosten bedragen in totaal 4.000.

De boedel bestaat uit drie bestanddelen:

bestanddeel 1:	
bruto-opbrengst	9.000
bijzondere faillissementskosten	<u>1.000</u> -
netto-opbrengst	8.000
algemene faillissementskosten 1/4 (*)	<u>2.000</u> -
beschikbare opbrengst	6.000

bestanddeel 2:	
bruto-opbrengst	6.000
bijzondere faillissementskosten	<u>2.000</u> -
netto-opbrengst	4.000
algemene faillissementskosten 1/4 (*)	<u>1.000</u> -
beschikbare opbrengst	3.000

bestanddeel 3:	
bruto-opbrengst	4.000
bijzondere faillissementskosten	<u>-</u> -
netto-opbrengst	4.000
algemene faillissementskosten 1/4 (*)	<u>1.000</u> -
beschikbare opbrengst	3.000

(*) algemene faillissementskosten:

$4.000 / (\text{bruto-opbrengsten minus bijzondere faillissementskosten } 8.000 + 4.000 + 4.000) = 1/4$

In de hiervoor besproken opvatting is art. 182 Fw een uitwerking van het bepaalde in art. 3:277 lid 1 BW (art. 1195 onder 1 BW (oud)). Een enigszins andere benadering zou kunnen zijn, dat aan art. 182 Fw weliswaar dezelfde gedachte ten grondslag ligt als in art. 3:277 lid 1 BW ligt besloten, maar dat deze bepaling op zichzelf staat en derhalve de algemene faillissementskosten aan de werking van art. 3:277 lid 1 BW onttrekt. De voorafbetaling van de algemene faillissementskosten berust in die opvatting niet op art. 3:277 lid 1 BW (art. 1195 onder 1 BW (oud)), maar rechtstreeks op art. 182 Fw²⁰. Van deze benadering lijkt te worden uitgegaan in de Memorie van Antwoord met betrekking tot de wijziging van art. 16 Fw in verband met de invoering van het NBW:

20 In die zin Asser-Mijnsen, Zakenrecht III (1986), nr. 20; het Hof, kenbaar uit, en de conclusie van A-G Eggen voor, HR 21 december 1951, NJ 1952, 563, alsmede Smits, blz. 6 e.v. Voornoemde bronnen zijn geciteerd in hoofdstuk 1, noot 72.

"In het stelsel van het nieuwe B.W. is geen wettelijke bepaling betreffende de voorrang van executiekosten nodig, omdat slechts de "netto-opbrengst" onder de schuldeisers wordt verdeeld. Reeds uit dien hoofde worden de executiekosten voor alle schulden voldaan. Voor wat betreft de algemene faillissementskosten vloeit dit voort uit artikel 182 lid 1."²¹

Deze benadering heeft als voordeel dat onder 'kosten van executie' in de zin van art. 3:277 lid 1 BW niet twee soorten executiekosten behoeven te worden begrepen. Deze benadering leidt echter niet tot een ander resultaat dan de hiervoor besproken opvatting - die mijn voorkeur heeft, mede omdat de vermelde wetsgeschiedenis daarvoor duidelijke aanknopingspunten biedt - als men tenminste wil aannemen dat de bijzondere faillissementskosten in ieder geval wel door art. 3:277 lid 1 BW worden beheerst. Wil men dat niet, dan is men voor het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten toch weer geheel teruggeworpen op art. 182 Fw, met alle onduidelijkheden van dien.

Nu de voorafbetaling van de algemene faillissementskosten in mijn opvatting haar grondslag vindt in art. 3:277 lid 1 BW (art. 1195 onder 1 BW (oud)), kan men zich afvragen waarom het dan nodig was om art. 182 in de Faillissementswet op te nemen. Is die bepaling dan niet geheel overbodig? Ik zou menen van niet. Uit art. 3:277 lid 1 BW volgt niet meer dan dat de algemene faillissementskosten als vereffeningskosten vooraf uit de boedel moeten worden voldaan. Die bepaling zegt op zichzelf nog niets over de wijze waarop deze voorafbetaling moet worden gerealiseerd. Dáárop ziet art. 182 Fw. Deze bepaling schrijft voor dat de algemene faillissementskosten pondspondsgewijze moeten worden omgeslagen over iedere individuele bate van de boedel. Zodoende komen zij ook ten laste van de baten waarop een bijzonder voorrecht rust²². Zonder art. 182 Fw zou dat niet duidelijk zijn geweest. Integendeel: vóór de totstandkoming van de huidige Faillissementswet, toen het faillissementsrecht nog was geregeld in het derde Boek van het Wetboek van Koophandel, werden de algemene faillissementskosten op grond van het toenmalige art. 863 lid 1 WvK (oud)²³ in één keer van het totale boedelactief afgetrokken. Zij werden dus niet op evenredige wijze ten laste gebracht van iedere afzonderlijke bate, hetgeen

21 MvA II (16 593), Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen, blz. 45.
 22 Zie hoofdstuk 3, in het bijzonder paragraaf 3.3.
 23 Zie voor de tekst van deze bepaling hoofdstuk 1, noot 70.

in het voordeel was van de bijzonder bevoorrechte schuldeisers²⁴. Aan dit onbillijke systeem wilde de wetgever bij de totstandkoming van de Faillissementswet een einde maken. Daarom is art. 182 in die wet opgenomen. Uit deze bepaling volgt dus niet zozeer dat de algemene faillissements-schulden vooraf uit de boedel moeten worden voldaan - dát volgt primair uit art. 3:277 lid 1 BW - maar veeleer op welke wijze deze voorafbetaling moet worden gerealiseerd.

2.2.5 Eigen opvatting

De grondslag die rechtvaardigt dat de bijzondere faillissementskosten in mindering worden gebracht op de bate waarop ze betrekking hebben, is dus gelegen in het feit dat deze kosten zijn te beschouwen als eigenlijke executiekosten in de zin van art. 3:277 lid 1 BW. Bij de beantwoording van de vraag welke kosten als zodanig zijn aan te merken, moet zoveel mogelijk aansluiting worden gezocht bij de executie buiten faillissement.

In geval van executie buiten faillissement wordt uitvoering gegeven aan art. 3:277 lid 1 BW, doordat in art. 480 leden 1 en 2 Rv en art. 551 Rv is bepaald dat de executant en eventuele medebeslagleggers zich kunnen voldoen uit de *netto*-opbrengst. Uit de bruto-opbrengst moeten eerst de executiekosten worden betaald. Zij worden terstond na de executoriale verkoop aan de feitelijke executant voldaan; vgl. de artt. 474, 477 lid 2 en 485 lid 1 Rv. Het begrip executiekosten wordt daarbij zeer eng uitgelegd. In het oude BW kwam dit in de artt. 1185 onder 1 en 1195 onder 1 BW (oud) tot uiting in het woord 'uitsluitend'²⁵. De wetgever heeft daarmee bedoeld dat op grond van de genoemde bepalingen alleen die kosten superpreferent waren die een rechtstreeks verband hielden met een executie en strikt noodzakelijk waren om tot een executie te geraken. Met de huidige regeling van art. 3:277 lid 1 BW heeft de wetgever hierin geen verandering willen brengen.

Bij individuele executie van roerende zaken worden de volgende kosten tot de executiekosten gerekend: die van het beslagexploit en de betekening

24 Zie over het verschil tussen art. 863 WvK (oud) en het huidige art. 182 Fw: J.J. Heijse, Art. 182 der Fw. en de Fiscus-Schuldeischer, Themis 1900, blz. 33-99; zie in het bijzonder blz. 34 en 40 e.v.

25 Zie HR 21 december 1951, NJ 1952, 563.

aan de geëxecuteerde (art. 440 en 449 Rv), van het exploit van bijzondere aanduiding en de getuigen (art. 443 en 440 lid 2 Rv), van de opening der deuren (art. 444 en 444a Rv), van de bewaring (art. 445, 446), van de publicaties (art. 464-466 Rv) en van de veiling (art. 469 Rv). Tot de kosten van de veiling behoren onder meer de huur van het veilinglokaal, de kosten van opslag en de lonen van assistenten. Voor de executie van onroerende zaken gelden als executiekosten: de kosten door de eerste beslaglegger gemaakt van het beslagexploit, van de betekening daarvan aan de debiteur (art. 504, 505 lid 1 Rv), van de inschrijving in het hypotheekregister (art. 505 Rv) en de betekening aan de hypothecaire schuldeiser (art. 508 Rv). Deze kosten moeten terstond uit de verkoopopbrengst aan de eerste beslaglegger worden vergoed. Neemt een hypothecaire schuldeiser de executie over, dan zijn de opvolgende executiekosten: die van het exploit van benoeming van de notaris (art. 514 Rv), van de publicaties (art. 516 Rv) en van de veiling (art. 519 Rv). Onder de executiekosten vallen bijvoorbeeld niet de toegewezen proceskosten (kosten van dagvaarding, griffierecht, procureurssalaris, etc.) en de nakosten (art. 56 lid 1 resp. lid 5 Rv).

Het zijn dus maar weinig kosten die buiten faillissement als executiekosten op de bruto-opbrengst in mindering moeten worden gebracht, voordat de schuldeisers uit de netto-opbrengst hun deel krijgen. Daarbij moet worden opgemerkt, dat een groot deel van de zojuist genoemde executiekosten betrekking heeft op de executoriale beslaglegging. Dat zijn kosten die in faillissement niet gemaakt worden, omdat het faillissementsbeslag van rechtswege op het vermogen komt te rusten.

Executiekosten die zowel in geval van individuele executie als in faillissement bij de executie van een bepaald boedelbestanddeel kunnen worden gemaakt, zijn bijvoorbeeld veilingkosten, notariskosten en deurwaarderskosten. Alleen wanneer de curator in faillissement dergelijke kosten heeft gemaakt, mogen zij mijns inziens als bijzondere faillissementskosten in mindering worden gebracht op de bate waarop zij betrekking hebben. Alle andere boedelschulden zijn algemene faillissementskosten²⁶.

26 Zie overeenkomstig mijn opvatting S.C.J.J. Kortmann in zijn annotaties onder HR 30 juni 1995, NJ 1996, 554 (MeesPierson/Mentink q.q.) en onder Rb. Rotterdam 30 mei 1996, JOR 1996/89, alsmede S.C.J.J. Kortmann/J.J. van Hees, Kroniek van het faillissementsrecht, NJB 1996, blz. 1327.

Vergelijken we mijn opvatting met de in paragraaf 2.2.2 genoemde voorbeelden van boedelschulden die in de literatuur en de rechtspraak als bijzondere faillissementskosten worden aangemerkt, dan blijkt deze opvatting van de bijzondere faillissementskosten veel enger te zijn dan de heersende leer. De oorzaak van dit verschil lijkt niet zozeer gelegen in het standpunt dat de bijzondere faillissementskosten moeten worden aangemerkt als eigenlijke executiekosten. Ook in de nog steeds gezaghebbende 'oude Polak' uit 1972 bijvoorbeeld, worden als bijzondere faillissementskosten beschouwd de 'kosten van bijzondere executie' welke in mindering moeten worden gebracht op de bruto-opbrengst van de bate ten behoeve waarvan ze zijn gemaakt²⁷. Het verschil in opvatting betreft de vraag, welke kosten als zodanig moeten worden aangemerkt. Polak verstaat daaronder: "kosten, welke op wettige wijze gemaakt, ertoe strekken een bepaalde bate voor de boedel te verkrijgen, dan wel een bepaalde bate te vereffenen of te gelde te maken". Deze omschrijving is zo ruim, dat daaronder ook kosten vallen die bij een executie buiten faillissement nooit als executiekosten zouden worden aangemerkt.

Een sprekend voorbeeld is de omzetbelasting die verschuldigd wordt bij de verkoop van een goed uit de boedel. In de opvatting van Polak c.s. moet deze afdrachtverplichting in mindering worden gebracht op de verkoopopbrengst. De reden daarvoor kan echter niet zijn dat het hier om eigenlijke executiekosten zou gaan. Zou hetzelfde goed buiten faillissement door een individuele beslaglegger zijn geëxecuteerd, dan zou de verplichting tot afdracht van omzetbelasting niet ten laste van de executie-opbrengst komen²⁸.

Ik kan niet goed inzien waarom de eigenlijke executiekosten in faillissement zouden mogen worden opgerekt tot een veel ruimere groep kosten dan buiten faillissement het geval is. De rechtseenheid is daarmee niet

27 M. Polak/N.J. Polak, blz. 340. Zie ook N.J. Polak/C.E. Polak, blz. 213.

28 Uit HR 6 mei 1983, NJ 1984, 228 m.nt. WMK (Rentekas-arrest) blijkt bovendien dat executanten zich kunnen verhalen op de verkoopopbrengst *inclusief het omzetbelastingbestanddeel*. Ziet men deze beslissing in relatie met het bepaalde in art. 3:277 lid 1 BW, namelijk dat schuldeisers na voldoening van de executiekosten verhaal hebben op de resterende netto-opbrengst, dan blijkt duidelijk dat de kosten van afdracht van omzetbelasting nooit eigenlijke executiekosten zijn.

gebaat²⁹, en het strookt ook niet met het karakter van het faillissement. Het faillissement is immers te beschouwen als een gerechtelijk beslag op (nagenoeg) het gehele actieve vermogen van de schuldenaar³⁰, dat om redenen van doelmatigheid en het voorkomen van een ongeordende concursus in de plaats treedt van de mogelijkheid dat individuele schuldeisers zelf beslag leggen en tot executie overgaan (vgl. art. 33 Fw). In die zin neemt de curator die een bepaald vermogensbestanddeel uit de boedel executeert, als het ware de plaats in van de individuele schuldeisers. De Hoge Raad verwoordde het in HR 13 mei 1988, NJ 1988, 748 m.nt. G (Banque de Suez/Bijkerk q.q.) als volgt:

"Het stelsel van de Faillissementswet brengt met zich mee dat het faillissement, als algemeen beslag, in de plaats treedt van de maatregelen van executie die tevoren de schuldeisers afzonderlijk konden nemen, en dat het tijdens het faillissement de curator is die optreedt ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren in plaats van de afzonderlijke schuldeisers, wier bevoegdheid tot het nemen van maatregelen van executie op hem is overgegaan."

Uiteraard zijn er ook verschillen tussen executie door een individuele schuldeiser en executie door de curator. Zo wordt de curator geacht bij de uitoefening van zijn taak meer belangen te behartigen dan alleen de belangen van de schuldeisers³¹. Dit aspect zal echter voornamelijk invloed hebben op de hoogte van het te realiseren actief en niet zozeer op de wijze waarop dat actief vervolgens moet worden verdeeld. Een ander verschil is dat een gewoon beslag een individueel karakter heeft: het omvat slechts een of meer bepaalde vermogensbestanddelen en strekt slechts ten behoeve van één schuldeiser. Het faillissementsbeslag heeft daarentegen een collectief karakter: het omvat nagenoeg het volledige actieve vermogen van de schuldenaar en strekt ten behoeve van alle schuldeisers die hun vorderingen ter verificatie hebben ingediend. Dit aspect is een reden te meer om te

29 Vgl. het verslag van de Tweede Kamer met regeringsantwoord bij art. 21 Fw, Van der Feltz, I, blz. 353, waarin de Regering stelt: "De executie buiten faillissement en executie door faillissement moeten zooveel mogelijk door dezelfde regelen worden beheerscht."

30 Vgl. MvT op art. 20 Fw, Van der Feltz, I, blz. 339. Zie ook M. Polak/N.J. Polak, blz. 1.

31 Men denke onder andere aan belangen van maatschappelijke aard, zoals werkgelegenheid en continuïteit van de onderneming. Vgl. HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 m.nt. WMK (Sigmacon II) en HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 m.nt. WMK (Maclou en Prouvost/curatoren Van Schuppen); JOR 1996/48 m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

rughoudend te zijn in het toerekenen van gemaakte kosten aan individuele schuldeisers. Juist in de omslag van de algemene faillissementskosten komt het collectieve karakter van het faillissement ten volle tot uiting.

2.2.6 *Consequenties van mijn opvatting*

In zijn beschikking van 16 februari 1968, NJ 1968, 253 heeft ook de Hoge Raad blijk gegeven van de mijns inziens te ruime opvatting van de bijzondere faillissementskosten. Aan de Hoge Raad werd de vraag voorgelegd, op welke wijze een bedrag dat de curator aan een (eerste) hypotheekhouder had betaald om een onroerend goed overeenkomstig art. 58 lid 2 Fw te bevrijden van het daarop rustende hypotheekrecht, op de uitdelingslijst moet worden behandeld. De Hoge Raad oordeelde dat:

"(...) de omstandigheid dat daarmee beoogd wordt de vereffening van een bepaald boedelbestanddeel te bevorderen, grond geeft het daarmee gemoeide bedrag op dezelfde wijze te behandelen als de bijzondere faillissementskosten en het mitsdien in mindering te brengen op de opbrengst van het goed ter bevrijding waarvan de betaling werd gedaan; dat daarentegen de in het middel verdedigde opvatting, volgens welke zodanig bedrag hetzij als 'uitgave uit de boedel op de uitdelingslijst dient te worden verantwoord', hetzij moet worden opgenomen onder de algemene faillissementskosten, die worden omgeslagen over ieder deel van de boedel, onaanvaardbaar is; dat toch indien, zoals hier, naast de eerste hypothecaire schuldeiser wiens vordering wordt voldaan, nog een of meer volgende hypothecaire schuldeisers op de opbrengst van het goed bevoorrecht zijn, die opvatting kan meebrengen en in het onderhavige geval ook zou meebrengen dat laatstgenoemde schuldeisers door de opschuiving in rang welke van de voldoening aan de eerste hypothecaire schuldeiser het gevolg is, ten koste van de concurrente schuldeisers zouden worden bevoordeeld, hetgeen met het doel waarvoor de in art. 58 lid 2 bedoelde bevoegdheid is toegekend, niet wel verenigbaar is."

In navolging van de literatuur legt de Hoge Raad het begrip bijzondere faillissementskosten ruim uit: ook de kosten van inlossing ex art. 58 lid 2 Fw worden als bijzondere faillissementskosten behandeld en moeten derhalve op de opbrengst van het ingeloste goed in mindering worden gebracht. In mijn opvatting zijn dergelijke inlossingskosten geen eigenlijke executiekosten en moeten zij daarom als algemene faillissementskosten

worden omgeslagen over alle baten van de boedel³². Deze opvatting zou volgens de Hoge Raad onaanvaardbare consequenties hebben. De gedachte die aan deze overweging ten grondslag ligt is kennelijk, dat kosten die noodzakelijkerwijs zijn gemaakt om een bepaalde bate te verkrijgen, in de eerste plaats moeten worden gedragen door degenen die er belang bij hadden dat die kosten werden gemaakt³³. Het wordt als onredelijk beschouwd dat de schuldeisers die niet zullen worden voldaan uit de opbrengst waarvoor bepaalde kosten zijn gemaakt, via de omslag wél aan deze kosten zouden moeten bijdragen. De Hoge Raad acht het in de genoemde beschikking onaanvaardbaar dat de concurrenten via de omslag van de algemene faillissementskosten zouden moeten bijdragen in de kosten ter bevrijding van een onroerend goed van een eerste hypotheekrecht, terwijl zij daarbij geen enkel belang hadden omdat op hetzelfde goed nog drie lagere hypotheekrechten rustten³⁴.

Dit is echter niet zo onrechtvaardig als op het eerste gezicht lijkt. De consequenties van mijn opvatting zijn in faillissement niet anders dan buiten faillissement. Wanneer de hypotheekgever uit de aangehaalde beschikking niet failliet was verklaard, en vrijwillig de vordering van de eerste hypotheekhouder zou hebben voldaan, zou het daarmee gemoeide bedrag zijn gehele vermogen bezwaren en daarmee de verhaalsmogelijkheden van al zijn overige schuldeisers verminderen, in de eerste plaats die van de concurrenten. Wanneer buiten faillissement niet de hypotheekgever, maar een belanghebbende derde-schuldeiser tot inlossing zou zijn overgegaan, zou het daarmee gemoeide bedrag in eerste instantie ten laste van deze schuldeiser komen. Het ligt echter voor de hand dat deze schuldeiser zou hebben bedongen te subrogeren in de rechten van de hypotheekhouder op de hypotheekgever (vgl. art. 6:150 onder d BW). In geval van concursus zou deze

32 Zie overeenkomstig mijn opvatting Rb. Dordrecht 11 juli 1923, NJ 1924, blz. 479, waarin een bedrag dat was betaald om een auto te bevrijden van een daarop rustend retentierecht, werd gerekend tot de algemene faillissementskosten.

33 Zo lees ik bijvoorbeeld De Liagre Böhl, blz. 247.

34 Dit roept overigens wel de vraag op welk belang van de boedel de curator in casu heeft willen dienen door de eerste hypotheekhouder te betalen. Uit de conclusie van de A-G blijkt bovendien dat op het moment van inlossing de termijn van art. 58 lid 1 Fw was verstreken en de curator het verhypothekerde goed dus zelf had kunnen verkopen. Voor de boedel zou dat het voordeel hebben opgeleverd dat de opbrengst dan in de omslag van de algemene faillissementskosten had moeten worden betrokken.

vordering ook dan concurreren met de vorderingen van schuldeisers die geen bijzondere aanspraak op het ingeloste goed hebben.

Bovendien kan, ook wanneer de ruime opvatting van de bijzondere faillissementskosten wordt gehuldigd, niet altijd worden voorkomen, dat schuldeisers soms de lasten moeten dragen van boedelschulden waarbij zij geen enkel belang hebben gehad. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer tegenover een boedelschuld, die in de heersende opvatting normaal gesproken tot de bijzondere faillissementskosten zou worden gerekend, geen bate staat. In dat geval wordt de betreffende boedelschuld noodgedwongen tot de algemene faillissementskosten gerekend. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie waarin de curator een gerechtelijke procedure heeft verloren, die ten doel had een bepaalde bate in de boedel te betrekken. Tegenover de door de curator gemaakte proceskosten en een eventuele veroordeling in de proceskosten van de wederpartij staat nu geen bijzondere bate, zodat deze kosten onder de algemene faillissementskosten moeten worden gebracht. Via de omslag kunnen zij dan mede ten laste komen van schuldeisers die geen enkel belang hadden bij de gevoerde procedure; bijvoorbeeld de schuldeiser met een voorrecht op een andere bate of de algemeen preferente schuldeisers die zonder de additionele proceskosten nog juist zouden zijn voldaan. De kosten van een door de curator verloren procedure komen per definitie ten laste van schuldeisers die daarbij niet gebaat waren, wanneer op de bate waarover werd geprocedeerd een bijzonder voorrecht rust, waaraan de opbrengst van de procedure - had deze succes gehad - geheel ten goede zou zijn gekomen. Dezelfde problemen kunnen zich voordoen met betrekking tot de kosten die zijn verbonden aan een mislukte bedrijfsvoortzetting, of ten aanzien van de verschuldigde omzetbelasting waartegenover geen bate staat omdat een separatist zich heeft verhaald op de verkoopopbrengst inclusief het omzetbelasting-bestanddeel.

2.2.7 Relevantie in geval van een negatieve boedel

In het voorgaande ben ik er steeds van uitgegaan dat de boedel toereikend was om, na integrale betaling van de boedelschuldeisers, uitkeringen te doen aan faillissementsschuldeisers. In die situatie is het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten van belang voor de vraag, ten laste van welke faillissementsschuldeisers de voorafbetaling van de boedelschulden geschiedt. In veel faillissementen is het totale boedelactief

echter niet eens toereikend om alle boedelschulden geheel te voldoen. Er is dan sprake van een 'negatieve boedel'. De faillissementsschuldeisers verdwijnen in deze situatie geheel uit beeld. Zij ontvangen geen enkele uitkering. Wanneer de boedel negatief is speelt nog slechts de vraag, welke boedelschulden uit het ontoereikende actief moeten worden voldaan. Ook met het oog op die vraag is de wijze waarop invulling wordt gegeven aan het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten van belang.

In hoofdstuk 5, waarin de afwikkeling van een negatieve boedel uitgebreid zal worden besproken, zal ik betogen dat de bijzondere faillissementskosten, als zijnde eigenlijke executiekosten, als eerste uit de negatieve boedel moeten worden voldaan. Zij gaan vóór alle andere boedelschulden. Wanneer de bijzondere faillissementskosten zo ruim worden omschreven als in paragraaf 2.2.2 genoemd, komt men bij de verdeling van het ontoereikende boedelactief in de problemen. In dat geval zouden bijvoorbeeld de verplichting tot afdracht van omzetbelasting, de desinvesteringsverplichting (des-WIR), door de curator gemaakte proceskosten en alle andere boedelschulden die maar 'in verband met een bepaalde bate' zijn gemaakt, als eerste uit de betreffende baten moeten worden voldaan, zelfs vóór het salaris en de verschotten van de curator.

2.2.8 Conclusie

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de bijzondere faillissementskosten eng moeten worden opgevat, in die zin dat daaronder slechts die boedelschulden vallen die ook in geval van executie buiten faillissement als eigenlijke executiekosten op grond van art. 3:277 lid 1 BW vooraf uit de opbrengst van een bepaald goed moeten worden voldaan, teneinde de netto-opbrengst te verkrijgen. Alle overige boedelschulden zijn algemene faillissementskosten. Deze opvatting heeft als voordelen:

- a. dat het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten, waarvoor de Faillissementswet geen aanknopingspunten biedt, past binnen het systeem van het executierecht;
- b. dat in alle gevallen helder is tot welke categorie een bepaalde boedelschuld behoort, zodat de curator niet steeds opnieuw wordt geconfronteerd met de afweging of er een voldoende verband bestaat tussen een uitgave en een opbrengst;

- c. dat een verdeling van een negatieve boedel niet tot onbillijke resultaten leidt.

2.3 Algemene faillissementskosten versus overige boedelschulden

2.3.1 Enge versus ruime leer van de algemene faillissementskosten

Het begrip 'algemene faillissementskosten' wordt in de wet niet nader omschreven. Ook in de wetsgeschiedenis zal men tevergeefs zoeken naar een opsomming van kosten die als zodanig moeten worden aangemerkt. Het gebrek aan een nadere toelichting heeft tot een discussie geleid over de vraag, welke kosten nu precies de algemene faillissementskosten zijn, die op de voet van art. 182 Fw moeten worden omgeslagen. In de vorige paragraaf ben ik er steeds van uitgegaan dat alle boedelschulden die geen bijzondere faillissementskosten zijn, behoren tot de algemene faillissementskosten die op de voet van art. 182 Fw over ieder deel van de boedel moeten worden omgeslagen. Die gevolgtrekking wordt niet door alle schrijvers als vanzelfsprekend beschouwd.

Er zijn twee stromingen te onderscheiden. In de ene stroming wordt het begrip 'algemene faillissementskosten' ruim uitgelegd, wat ertoe leidt dat alle boedelschulden die niet tot de bijzondere faillissementskosten behoren, algemene faillissementskosten zijn en daarom voor omslag ex art. 182 Fw in aanmerking komen³⁵. De andere stroming meent dat het begrip 'algemene faillissementskosten' beperkter moet worden opgevat, zodat er naast de algemene en bijzondere faillissementsschulden nog een derde categorie boedelschulden is te onderscheiden: de zogenaamde 'overige boedelschulden'. Deze overige boedelschulden zouden noch in mindering op een

35 Deze opvatting vindt men bij Smits, blz 21 e v, D J Veegens, *Handelingen NJV* 1935, blz 49-50, A W J van Vrijberghe de Coninck, *De publiekrechtelijke privileges*, in *Rechtskundige Opstellen*, aangeboden aan Prof mr E M Meijers, Zwolle 1935, blz 294 e v, Molengraaff/Star Busmann, blz 519-520, Huizink, blz 52 en *Faillissementswet*, Van Zeven - Van Galen/De Liagre Bohll, art 180, aantekening 4. Overeenkomstig deze opvatting ook de navolgende 'oudere' jurisprudentie Rb Amsterdam 18 april 1900, W 7447 (1900) en Rb 's-Gravenhage 7 november 1912, NJ 1913, blz. 166

bepaalde bate moeten worden gebracht, noch vóór omslag in aanmerking komen³⁶.

In het vervolg zal de eerste stroming worden aangeduid als de ruime leer (van de algemene faillissementskosten) en de tweede stroming als de enge leer (van de algemene faillissementskosten). In de ruime leer worden de boedelschulden dus in twee categorieën onderverdeeld: de algemene en de bijzondere faillissementskosten. Daaruit volgt dat alle boedelschulden tevens faillissementskosten zijn. In de enge leer, die uitgaat van een driedeling, zijn niet alle boedelschulden tevens faillissementskosten, namelijk niet die boedelschulden die vallen onder de derde categorie 'overige boedelschulden'.

In zijn beschikking van 30 juni 1995, NJ 1996, 554 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (MeesPierson/Mentink q.q.) heeft de Hoge Raad het pleit beslecht in het voordeel van de aanhangers van de ruime opvatting van de algemene faillissementskosten. Volgens de Hoge Raad behoren hiertoe dus alle boedelschulden die niet tot de bijzondere faillissementskosten kunnen worden gerekend³⁷. In paragraaf 2.3.4 zal ik onderzoeken of dit oordeel van de Hoge Raad juist is. Voor een goed begrip van het probleem dient echter eerst te worden vastgesteld, over welke boedelschulden nu precies verschil van mening bestaat (2.3.2), en wat de relevantie is van de vraag of een derde categorie 'overige boedelschulden' moet worden onderscheiden (2.3.3).

2.3.2 *Overige boedelschulden volgens de enge leer*

De bewerkers van de 'Polak-serie'³⁸ zijn maatgevend geweest voor de aanhangers van de enge leer. Volgens hen dient onder de term algemene faillissementskosten te worden verstaan: "de geregtskosten uitsluitend veroorzaakt door uitwinning en boedelredding, bedoeld in art. 1195 onder 1 BW." Dit strookt met het standpunt dat ik in de vorige paragraaf heb ingenomen,

36 Deze opvatting vindt men bij H.R. Ribbius, *De regeling der uitgaven in het faillissement*, R.M. 1909, blz. 467; E.J.J. van der Heijden, *Handelingen NJV 1935*, blz. 41-43; M. Polak/N.J. Polak, blz. 340 e.v.; De Liagre Böhl, blz. 247-248; Van Buchem-Spapens, blz. 69; N.J. Polak/C.E. Polak, blz. 212 en Van Mierlo, *oratie*, blz. 11-12.

37 Zo ook Rb. Almelo 26 april 1995 (Ontvanger/Kesler q.q.), gepubliceerd in V-N 1995, blz. 1837-1841.

38 M. Polak/N.J. Polak, blz. 340 e.v. en N.J. Polak/C.E. Polak, blz. 212.

namelijk dat de algemene faillissementskosten moeten worden opgevat als vereffeningskosten. Vervolgens verwijzen de Polak-bewerkers naar het arrest van 21 december 1951, NJ 1952, 563, waarin de Hoge Raad overweegt dat als zodanig slechts kunnen worden aangemerkt: kosten, die op wettige wijze gemaakt, ertoe strekken de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te vereffenen en de opbrengst onder hen te verdelen. Volgens de aanhangers van de enge leer voldoen de 'overige boedelschulden' niet aan dit criterium. Tot de 'overige boedelschulden' rekenen zij:

- a. Na de faillietverklaring verschuldigde huurpenningen over de opzegtermijn ter zake van een pand of perceel waarvan de curator geen gebruik heeft gemaakt (art. 39 lid 1 Fw).
- b. De boedelvordering van de bedrijfsvereniging wegens na de faillietverklaring gedurende de opzegtermijn overgenomen loon- en premieverplichtingen jegens ontslagen werknemers van de gefailleerde werkgever (art. 66 WW jo art. 40 lid 4 Fw).
- c. De verplichting tot affinanciering van de back-service van pensioenpremies, die ontstaat wanneer de curator de arbeidsovereenkomst(en) met de betrokken werknemer(s) opzegt³⁹.
- d. De naheffingsaanslag voor omzetbelasting, wanneer daartegenover geen minimaal gelijkwaardige bruto staat⁴⁰. Daarbij kan met name worden gedacht aan de omzetbelasting die verschuldigd wordt bij de verkoop van een goed door een separatist, waarbij de separatist zich ook geheel op het omzetbelasting-bestanddeel heeft verhaald⁴¹.

2.3.3 Relevantie van het onderscheid

Het onderscheid tussen de ruime en de enge opvatting van de algemene faillissementskosten is van groot belang. In de ruime leer behoren meer boedelschulden tot de categorie algemene faillissementskosten, waardoor het omslagpercentage hoger is. Dit is in het nadeel van de schuldeisers met een bijzonder voorrecht. In de ruime leer zullen alle boedelschulden die geen bijzondere faillissementskosten zijn, via de omslag van art. 182 Fw ook op het activum drukken waarop de bijzonder bevoorrechte schuldeiser

39 Een boedelschuld volgens HR 12 november 1993, NJ 1994, 229 m.nt. WMK (Frima q.q./Blankers), zie paragraaf 1.8.5.

40 Aldus De Liagre Böhl, blz. 249.

41 Vgl. HR 6 mei 1983, NJ 1984, 228 m.nt. WMK (Rentekas-arrest).

zich met voorrang kan verhalen. In de enge leer worden de overige boedelschulden niet omgeslagen over ieder deel van de boedel, waardoor zij niet drukken op de opbrengst waarop een bijzonder voorrecht rust. Sommige schrijvers verbinden daaraan de conclusie, dat de overige boedelschulden daarmee in feite ten laste komen van de concurrente crediteuren⁴². Die conclusie is echter niet in iedere situatie juist. In het geval waarin de concurrente crediteuren in het geheel niet aan bod zouden komen, ook niet wanneer er geen overige boedelschulden zouden zijn, komen de overige boedelschulden in de enge leer ten laste van het actief dat beschikbaar is voor de algemeen preferente crediteuren. Hierna wordt een en ander aan de hand van rekenvoorbeelden nader toegelicht. De bijzondere faillissementskosten worden daarbij gemakshalve buiten beschouwing gelaten.

Voorbeeld 2

Het boedelactief bestaat uit twee bestanddelen:

bestanddeel a, vertegenwoordigende een actief van 800

bestanddeel b, vertegenwoordigende een actief van 200

Vorderingen met algemene preferentie: 500

Vordering met bijzondere preferentie op bestanddeel b: 150

Algemene faillissementskosten: 250

Overige boedelschulden (in de enge leer): 100

Oplossing volgens de enge leer:

opbrengst a	800
omslag algemene	
faillissementskosten 25%	<u>200</u> -
	600
overige boedelschulden	<u>100</u> -
algemeen preferente crediteuren	500

opbrengst b	200
omslag algemene	
faillissementskosten 25%	<u>50</u> -
bijzonder preferente crediteur	150

Oplossing volgens de ruime leer:

opbrengst a	800
omslag algemene	
faillissementskosten 35%	<u>280</u> -
	520
algemeen preferente crediteuren	<u>500</u> -
resteert voor	
concurrente crediteuren	20
opbrengst b	200
omslag algemene	
faillissementskosten 35%	<u>70</u> -
resteert voor bijzonder	
preferente crediteur	130

42 Zo bijvoorbeeld A.W.J. van Vrijberghe De Coningh, a.w., blz. 297; Faillissementswet, Van Zeben - Van Galen/De Liagre Böhl, art. 180, aantekening 4 en E.B. Rank-Berenschot, Het begrip 'algemene faillissementskosten' nader afgebakend, Adv.bl. 1995, blz. 902.

In de situatie van voorbeeld 2, waarin het actief waarop geen bijzondere preferentie rust, na de omslag van de algemene faillissementskosten en na aftrek van de overige boedelschulden, nog juist voldoende is om alle algemeen preferente crediteuren te voldoen, komen de overige boedelschulden in de enge leer geheel ten laste van de concurrente crediteuren. In de ruime leer komen de overige boedelschulden, via de omslag van art. 182 Fw, gedeeltelijk ook ten laste van het actief waarop de bijzonder preferente crediteur zich met voorrang kan verhalen, hetgeen weer ten goede komt aan de concurrente crediteuren. De bijzonder preferente crediteur zal voor het resterende bedrag van 20, waarvoor hij niet is voldaan uit de bate waarop zijn preferentie rust, moeten opkomen als concurrente crediteur.

Voorbeeld 3

Het boedelactief bestaat uit twee bestanddelen

bestanddeel a, vertegenwoordigende een actief van 700

bestanddeel b, vertegenwoordigende een actief van 200

Vorderingen met algemene preferentie 500

Vordering met bijzondere preferentie op bestanddeel b 150

Algemene faillissementskosten 225

Overige boedelschulden (in de enge leer) 100

Oplossing volgens de enge leer

opbrengst a	700
omslag algemene faillissementskosten 25%	<u>175</u> -
	525
overige boedelschulden	<u>100</u> -
resteert voor algemeen preferente crediteuren	425

opbrengst b	200
omslag algemene faillissementskosten 25%	<u>50</u> -
bijzonder preferente crediteur	150

Oplossing volgens de ruime leer

opbrengst a	700
omslag algemene faillissementskosten 36% (*)	<u>253</u> (*) -
resteert voor algemeen preferente crediteuren	447
opbrengst b	200
omslag algemene faillissementskosten 36% (*)	<u>72</u> (*) -
resteert voor bijzonder preferente crediteur	128

(*) = afgerond

In voorbeeld 3, waarin de concurrente crediteuren ook niet aan bod zouden zijn gekomen wanneer er geen overige boedelschulden waren geweest, komen de overige boedelschulden in de enge leer geheel ten laste van het actief waaruit de algemeen preferente crediteuren moeten worden voldaan. De bijzonder preferente crediteur draagt niet bij aan de voorafbetaling van de overige boedelschulden en kan, na omslag van de algemene faillissementskosten, nog juist worden voldaan uit het actief waarop zijn preferentie rust. In de ruime leer komen de overige boedelschulden via de omslag ook ten laste van dit actief, hetgeen weer ten goede komt aan de algemeen preferente crediteuren.

In de twee bovenstaande rekenvoorbeelden werden alle boedelschulden ook in de enge leer geheel voldaan. Het onderscheid tussen beide opvattingen was in deze situaties slechts relevant voor de vraag, door welke faillissementsschuldeisers de overige boedelschulden feitelijk worden gedragen. De consequenties van de enge leer strekken echter verder. Want hoe moet het boedelactief volgens de enge leer worden verdeeld, wanneer het actief waarop geen bijzondere preferentie rust, na voldoening van de omslag van de algemene faillissementskosten niet meer toereikend is om alle overige boedelschulden te voldoen? Deze situatie is in de praktijk geenszins uitzonderlijk. Wanneer men in de enge leer blijft bij de opvatting dat de overige boedelschulden niet voor omslag in aanmerking komen, kan dit tot gevolg hebben dat de boedelschulden (gedeeltelijk) onvoldaan blijven, terwijl een bijzonder preferente faillissementsschuldeiser wél een uitkering ontvangt. Zo blijkt uit het volgende voorbeeld:

Voorbeeld 4

Het boedelactief bestaat uit twee bestanddelen:

bestanddeel a, vertegenwoordigende een actief van 100

bestanddeel b, vertegenwoordigende een actief van 200

Vorderingen met algemene preferentie: 300

Vordering met bijzondere preferentie op bestanddeel b: 100

Algemene faillissementskosten: 150

Overige boedelschulden (in de enge leer): 100

Oplossing volgens de enge leer

opbrengst a	100
omslag algemene	
faillissementskosten 50%	<u>50</u> -
resteert voor overige	
boedelschuldeisers	50

opbrengst b	200
omslag algemene	
faillissementskosten 50%	<u>100</u> -
bijzonder preferente crediteur	100

Oplossing volgens de ruime leer

opbrengst a	100
omslag algemene	
faillissementskosten 83% (*)	<u>83</u> (*) -
resteert voor algemeen	
preferente crediteuren	17

opbrengst b	200
omslag algemene	
faillissementskosten 83% (*)	<u>167</u> (*) -
resteert voor bijzonder	
preferente crediteur	33

(*) = afgerond

Ondanks het feit dat in voorbeeld 4 het totale boedelactief groter is dan het totaal der boedelschulden, en er dus geen sprake is van een negatieve boedel, worden de boedelschulden in de enge leer niet geheel voldaan. Onjuist is dan ook de stelling van Polak, dat:

"meestal - alleen niet wanneer de boedelschulden groter zijn dan het gehele actief - voor de boedelschuldeisers het effect hetzelfde (is) of hun vordering onder de faillissementskosten valt of niet"⁴³

In feite is er in de enge leer al sprake van een (pseudo-) negatieve boedel wanneer, zoals in het laatste voorbeeld, het actief waarop geen bijzondere preferentie rust ontoereikend is om de bijzondere faillissementskosten, de omslag van de algemene faillissementskosten en de overige boedelschulden geheel te voldoen⁴⁴. Daarbij heb ik verondersteld dat de aanhangers van de enge leer ook in de situatie als geschetst in voorbeeld 4 vasthouden aan het standpunt, dat de overige boedelschulden niet kunnen worden voldaan uit het actief waarop een bijzondere preferentie rust. Opmerkelijk is echter, dat sommige schrijvers die de enge leer verdedigen, tevens van mening zijn dat een faillissementsschuldeiser nooit een uitkering kan ontvangen

43 M Polak/N J. Polak, blz 342, noot 1

44 Anders dan de uitwerking van het voorbeeld wellicht doet vermoeden, zijn het niet per definitie de overige boedelschulden die dan (gedeeltelijk) onvoldaan blijven. Het actief waarop geen bijzondere preferentie rust, zou in een dergelijke situatie moeten worden behandeld als een negatieve boedel, zodat in beginsel de onderlinge rangorde beslissend is voor de vraag welke boedelschulden uit dat actief moeten worden voldaan. Meer hierover in hoofdstuk 5

gen, zolang niet alle boedelschuldeisers zijn voldaan⁴⁵. Dit zou men in de enge leer alleen kunnen bereiken wanneer men bovengenoemd standpunt nuanceert in die zin dat, wanneer de overige boedelschulden niet geheel kunnen worden voldaan uit het actief waarop geen bijzondere preferentie rust, zij alsnog met voorrang boven de bijzonder preferente faillissementschuldeisers moeten worden voldaan uit het actief waarop de bijzondere preferentie rust. Een dergelijke nuance zou echter weinig consequent zijn.

Ter afsluiting van deze paragraaf kan worden geconcludeerd, dat het onderscheid dat men in de enge leer wil maken tussen algemene faillissementskosten die op de voet van art. 182 Fw moeten worden omgeslagen en overige boedelschulden die niet voor deze omslag in aanmerking komen, in het voordeel is van de bijzonder preferente faillissementsschuldeisers die de omslag van de algemene faillissementskosten tegen zich moeten laten gelden. Afhankelijk van de omvang van het actief waarop geen bijzondere preferentie rust, komt dit ten laste van de concurrente faillissementsschuldeisers (in de situatie van voorbeeld 2), of de algemeen preferente faillissementsschuldeisers (in de situatie van voorbeeld 3), of de laagst gerangschikte boedelschuldeisers (in de situatie van voorbeeld 4).

2.3.4 *Verwerping van de enge leer*

In deze paragraaf zal ik onderzoeken welke opvatting van de algemene faillissementskosten de juiste is. Vallen daaronder alle boedelschulden die geen bijzondere faillissementskosten zijn, of zijn er naast de algemene en bijzondere faillissementskosten nog overige boedelschulden die niet voor omslag in aanmerking komen? De Hoge Raad heeft zich over deze vraag uitgesproken in zijn beschikking van 30 juni 1995, NJ 1996, 554 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (MeesPierson/Mentink q.q.). De relevante feiten die aanleiding gaven voor deze beschikking, waren als volgt.

In de failliete boedel van het bedrijf Gebroeders Scheffers B.V. bevond zich een erfpachtrecht op een perceel grond met opstallen waarop ten gunste van MeesPierson (hierna: de bank) een recht van hypotheek was gevestigd. Als separatist was de bank gerechtigd om buiten het faillissement om het erfpachtrecht paraat te executeren (art. 3:268 BW jo art. 57 lid 1 Fw). Nadat

45 Zo bijvoorbeeld M. Polak/N.J. Polak, blz. 339 en N.J. Polak/C.E. Polak, blz. 210.

de bank er al geruime tijd niet in was geslaagd een (voor haar aanvaardbare) koper te vinden, stelde de curator een redelijke termijn van twee maanden, waarbinnen zij tot uitwinning van haar rechten moest overgaan, bij gebreke waarvan de curator op grond van art. 58 lid 1 Fw het erfpachtrecht zou opeisen en zelf tot verkoop zou overgaan. Toen de bank deze termijn ongebruikt had gelaten, ging de curator inderdaad over tot opeising van het erfpachtrecht en tot openbare verkoop daarvan. De consequentie daarvan was, dat de bank weliswaar bevoorrecht bleef op de opbrengst, maar dat zij moest gedogen dat daarop eerst een omslagpercentage voor de algemene faillissementskosten in mindering werd gebracht⁴⁶. Tussen de bank en de curator ontstond vervolgens een geschil over de vraag, welke boedelschulden in dit omslagpercentage moesten worden verdisconteerd.

De curator ging uit van de ruime leer van de algemene faillissementskosten. In de uitdelingslijst had hij in de omslag twee boedelschulden opgenomen, die volgens de enge opvatting als overige boedelschulden zouden moeten worden aangemerkt: een forse boedelvordering van de bedrijfsvereniging ter zake van na faillissement overgenomen loonbetalingen voor ontslagen werknemers, alsmede de affinancieringskosten voor pensioenpremies van een door de curator ontslagen werknemer. Het omslagpercentage bedroeg daardoor ruim 90%, waardoor minder dan 10% van de opbrengst van het erfpachtrecht resteerde voor de bank. De bank kwam op de voet van art. 184 Fw in verzet tegen deze uitdelingslijst. Zij stelde zich op het op standpunt, dat noch de boedelvordering van de bedrijfsvereniging, noch de kosten van een affinancieringsverplichting behoren tot de algemene faillissementskosten die op de voet van art. 182 Fw moeten worden omgeslagen. Aldus meende de bank dat het omslagpercentage niet meer dan ongeveer 15% kon bedragen, zodat van de opbrengst van het erfpachtrecht ongeveer 85% aan haar moest worden uitgekeerd. Nadat de Rotterdamse Rechtbank het verzet reeds had verworpen, werd de bank ook in cassatie door de Hoge Raad in het ongelijk gesteld. De Hoge Raad overwoog:

"(...) dat (...) onder de algemene faillissementskosten, bedoeld in art. 182, mede alle boedelschulden vallen, zoals deze in de onderhavige zaak aan de orde zijn, met dien verstande dat bijzondere faillissementskosten er buiten vallen. Een andere opvatting zou noch stroken met tekst en geschiedenis van de Faillissementswet, waarin tussen

46 Vgl. paragraaf 4.1.1.

faillissementskosten en boedelschulden geen onderscheid wordt gemaakt (...), noch met de rechtszekerheid die bij de afwikkeling van faillissementen vereist is en die, bij het aanvaarden van een onderscheid van voormelde aard, bij gebreke van enige duidelijke maatstaf in het gedrang zou komen."

De Hoge Raad heeft hiermee de ruime leer van de algemene faillissementskosten bevestigd: daaronder vallen alle boedelschulden die geen bijzondere faillissementskosten zijn. Deze beslissing acht ik juist⁴⁷. De Hoge Raad draagt twee argumenten aan tegen de opvatting dat er nog een derde categorie overige boedelschulden zou zijn: zij is in strijd met de tekst en de geschiedenis van de wet en leidt tot rechtsonzekerheid. Deze en andere argumenten zal ik hierna nader uitwerken.

De overwegingen van de Hoge Raad richten zich met name tegen de veronderstelling van de aanhangers van de enge leer, dat er een inhoudelijk verschil zou bestaan tussen de begrippen 'boedelschulden' en 'faillissementskosten'. Op zichzelf is deze veronderstelling niet geheel onbegrijpelijk, omdat de wetgever qua terminologie niet erg duidelijk is geweest. De term 'boedelschuld' wordt in de Faillissementswet gebruikt in de artt. 28 lid 3, 39 lid 1, 40 lid 4, 238 lid 2, 239 lid 3 en 249 lid 1 onder 3. In art. 16 lid 2 Fw wordt gesproken van 'faillissementskosten', in art. 163 lid 1 Fw van 'kosten van het faillissement' en in art. 182 Fw van 'algemene faillissementskosten'. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter, dat de begrippen 'boedelschulden' en 'faillissementskosten' synoniemen zijn. Op een vraag uit de Tweede Kamer, of het niet beter zou zijn om de term 'boedelschuld' in de artt. 39 en 40 Fw te vervangen door 'faillissementskosten', antwoordde de Regering:

"Welk voordeel zou de vervanging van 'boedelschuld' door 'faillissementskosten' opleveren? Het effect zal, welke uitdrukking ook gebezigd wordt, hetzelfde zijn. 'Boedelschuld' is echter verkieslijk, omdat daarin meer ligt het denkbeeld van eene pretentie ten laste van den boedel, terwijl 'faillissementskosten' doet denken aan door den curator gedane uitgaven."⁴⁸

47 Zo ook annotator Kortmann in NJ 1996, 554; M.A.J.G. Jansen, Omslag van faillissementskosten, TvI 1995/5, blz. 109-110 en F.M.J. Verstijlen, Boedelschulden en de omslag van faillissementskosten, NTBR 1996, blz. 81-84. De onderhavige beschikking is voorts besproken door E.B. Rank-Berenschot, Het begrip 'algemene faillissementskosten' nader afgebakend, Adv.bl. 1995, blz. 902-903 en door A. van Hees, De omslag van de algemene faillissementskosten, NbBW 1995, blz. 109-111.

48 Van der Feltz, I, blz. 422.

De wetgever heeft met de termen 'boedelschulden' en 'faillissementskosten' dus twee aspecten van hetzelfde verschijnsel bedoeld. Verstijlen⁴⁹ legt het subtiële verschil uit. Bij de term 'boedelschuld' ligt het accent meer op de rechtsverhouding tussen de curator en de boedelschuldeiser, waarin de curator gehouden is de boedelschuldeisers onmiddellijk, zonder dat verificatie nodig is, uit de boedel te voldoen. De term 'faillissementskosten' geeft blijk van een meer economische benadering van de schuld, waarbij het accent ligt op het feit, dat deze schuld een last vormt die is verbonden aan de algemene executie van het faillissement. Verstijlen voegt hieraan toe, dat dit verschil in benadering niet wegneemt dat het gaat om dezelfde rechtsfiguur. Dat sluit ook aan bij de in paragraaf 1.2 reeds geciteerde, en door de Regering als juist aangemerkte, omschrijving door de Raad van State van het woord 'boedelschuld', die stelt dat de boedelschulden 'op een lijn staan' met de faillissementskosten⁵⁰.

Het tegendeel blijkt ook niet uit de tekst van art. 180 Fw, waarin is bepaald, dat de uitdelingslijst onder meer moet inhouden een 'staat van uitgaven'. Polak leest daarin de veronderstelling dat er uitgaven zijn (kennelijk te verstaan als boedelschulden) die niet behoren tot de in art. 182 Fw genoemde algemene faillissementskosten⁵¹. Deze bepaling geeft echter slechts een aanwijzing voor de formele inrichting van de uitdelingslijst, namelijk dat op deze lijst onder een rubriek 'uitgaven' de bedragen moeten worden vermeld die de curator heeft uitgegeven of nog moet uitgeven. Over de aard en de omvang van de posten die we 'uitgaven' in deze zin kunnen noemen leert de wet ons niets, behalve dat het salaris van de curator wordt genoemd⁵².

De overweging van de Hoge Raad, dat er geen inhoudelijk verschil bestaat tussen de begrippen 'boedelschulden' en 'faillissementskosten', treft dus doel. Dat geldt evenzeer voor het beroep van de Hoge Raad op de rechtszekerheid, die niet is gediend met het hanteren van onduidelijke criteria ter onderscheiding van diverse soorten boedelschulden⁵³. Toch zijn dit niet de

49 F.M.J. Verstijlen, a.w. (NTBR 1996), blz. 82.

50 Van der Feltz, I, blz. 385.

51 M. Polak/N.J. Polak, blz. 340.

52 Vgl. Smits, blz. 22 en Rb. Amsterdam 18 april 1900, W. 7447 (1900).

53 Vgl. paragraaf 2.2.3.

belangrijkste argumenten die pleiten tegen een driedeling van de boedelschulden.

Het fundamentele bezwaar dat tegen de enge leer kan worden ingebracht, houdt verband met het karakter van de boedelschulden: schulden die onmiddellijk uit de boedel moeten worden voldaan, voordat uitkeringen kunnen worden gedaan aan de faillissementsschuldeisers. De enge opvatting van de algemene faillissementskosten gaat daaraan voorbij, omdat een consequente uitwerking van die opvatting - zo bleek uit voorbeeld 4 - ertoe kan leiden dat boedelschulden onvoldaan blijven, terwijl een bijzonder preferente faillissementsschuldeiser wel een uitkering ontvangt. Dat probleem deed zich ook voor in de zaak tussen MeesPierson en curator Mentink. MeesPierson stelde zich op het standpunt dat de boedelvordering van de bedrijfsvereniging en de affinancieringsverplichting niet mochten worden betrokken in de omslag over de opbrengst van het erfpachtrecht, maar gaf niet aan uit welke baten die boedelschulden dan wel hadden moeten worden betaald. Het overige boedelactief was niet toereikend om deze boedelschulden, tezamen met een evenredig deel van de boedelschulden die volgens MeesPierson wel moesten worden omgeslagen, geheel te voldoen.

In feite worden overige boedelschulden in de enge leer niet als volwaardige boedelschulden beschouwd. Daarmee komen we tot de kern van het probleem. Ik heb sterk de indruk, dat de werkelijke reden waarom aanhangers van de enge leer de boedelschulden van de artt. 39 en 40 Fw en de affinancieringsverplichting niet willen omslaan, niet zozeer is gelegen in de ratio die ten grondslag ligt aan de omslagregel van art. 182 Fw, maar veel eerder in het oneigenlijke karakter van deze boedelschulden. Volgens De Liagre Bohl kan de ratio achter de omslag van art. 182 Fw slechts zijn:

"dat aan alle crediteuren gelijkelyk de kosten worden doorbelast die nodig zijn voor de afwikkeling en de verdeling van de boedel, voor zover niet gemaakt ter verkrijging van één speciale ontvangst. Al wat buiten deze omschrijving valt en niet kan worden aangemerkt als bijzondere faillissementskosten, moet worden aangemerkt als 'overige boedelschulden', deze moeten uiteraard wel uit de boedel worden voldaan, doch komen niet voor omslag ex art. 182 Fw in aanmerking. Zij komen dus ten laste van de laagst gerangschikte categorie crediteuren."⁵⁴

De ratio achter de omslag van art. 182 Fw is mijns inziens geen andere, dan dat op iedere bate van de boedel een evenredig deel van de vereffeningskosten in mindering wordt gebracht, alvorens uitkeringen kunnen worden gedaan aan de schuldeisers te wier behoefte de vereffening plaatsvindt. Vermoedelijk is het werkelijke probleem waarmee de aanhangers van de enge leer worstelen, dat de kosten die zij rekenen tot de overige boedelschulden slechts moeizaam als vereffeningskosten kunnen worden aangemerkt. De conclusie zou dan echter moeten zijn, dat deze kosten in het geheel niet moeten worden doorbelast, aan welke groep faillissements-schuldeisers, concurrent of preferent, dan ook.

Het verschil in opvatting is niet zozeer gelegen in het criterium dat de aanhangers van de enge leer hanteren voor de vraag, welke boedelschulden algemene faillissementskosten zijn. Hun stelling, dat de algemene faillissementskosten de vereffeningskosten zijn als bedoeld in art. 1195 onder 1 BW (oud), strookt met hetgeen ik in paragraaf 2.2.4 heb betoogd. Het probleem ligt besloten in de vraag, welke kosten in faillissement vereffeningskosten zijn. Polaks omschrijving van de algemene faillissementskosten als 'kosten die ertoe strekken de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te vereffenen en de opbrengst onder hen te verdelen', welke hij heeft ontleend aan het arrest van de Hoge Raad van 21 december 1951, NJ 1952, 563, is enger dan de wetgever en de Hoge Raad in de faillissementssituatie hanteren.

De wetgever lijkt ervan uit te gaan, dat in faillissement evenzeer als vereffeningskosten gelden de kosten waarvan niet zozeer kan worden gezegd dat zij *strekken tot vereffening*, maar die wel *noodzakelijkerwijs zijn gemaakt in het kader van de vereffening* van de boedel⁵⁵. Onder die omschrijving vallen ook de boedelschulden die men in de enge leer tot de overige boedel-

55 Zo ook C W Star Busmann, *Faillissementskosten*, W. 12930 (1935), blz. 2. Naar aanleiding van de vraag of boedelschulden ter zake van huur en loon (artt. 39 en 40 Fw) al dan niet tot de algemene faillissementskosten behoren, betoogt Star Busmann: "Aangenomen wordt door enkelen, dat men tot deze (GAJB: algemene faillissements-)kosten slechts die boedelschulden mag brengen die hebben gediend tot bereddering en vereffening. Daarbij wordt voorbijgezien, dat een onderscheiding tussen boedelschulden die niet en boedelschulden die wel uitwinning en boedelredding betreffen geen reden van bestaan heeft. Beide zijn even noodzakelijk voor de algemeene execute, beide komen gelijkelyk ten laste van den boedel, daar ze tijdens het faillissement zijn gemaakt en dus onafscheidelyk met de vereffening samenhangen."

schulden rekent. Ten aanzien van de verschuldigde huurpenningen over de opzegtermijn van de huurovereenkomst en de loon- en premieverplichtingen voor ontslagen werknemers, blijkt dit uit de wetsgeschiedenis van de artt. 39 en 40 Fw. Over art. 39 Fw zei de Minister van Justitie:

"Er is echter in het artikel zooveel mogelijk gezorgd voor de belangen zoowel van verhuurder als van huurder. Er is hier zelfs billijkheidshalve aan den verhuurder een recht en eene zekerheid gegeven, die hij buiten het faillissement niet zoude gehad hebben. Aan den curator is het recht gegeven van opzeggen, en wel met het doel om eene vereffening van den boedel mogelijk te maken en schade voor den boedel te voorkomen. Hierbij is dan zooveel mogelijk getracht den verhuurder voor schade te vrijwaren."⁵⁶

en verder:

"Er is nu eene regeling gemaakt, die voor alle partijen zoo billijk mogelijk mag worden geacht, en waardoor het doel bereikt wordt de vereffening mogelijk te maken."

Met betrekking tot art. 40 Fw vermeldt de Memorie van Toelichting:

"Voor eene regeling van de huur van diensten pleiten dezelfde redenen, die voor artikel 39 zijn aan te voeren. Door de bestaande rechtsonzekerheid worden de belangen van hen, die meestal van hunne dienstbetrekkingen moeten leven, ten eerste geschaad. Artikel 40 waarborgt hun, dat zij althans gedurende zes weken hunne betrekkingen behouden, en verzekert den curator gedurende denzelfden tijd eene hulp, die hij misschien moeilijk zal kunnen missen. De termijn mocht niet ruimer genomen worden, om den boedel niet met een te hoog bedrag aan salarissen te belasten voor het geval de curator de diensten der bedoelde personen kan ontberen."⁵⁷

Uit deze wetsgeschiedenis blijkt, dat beide bepalingen volgens de wetgever wel degelijk vereffeningsbepalingen zijn. Het zijn compromisbepalingen, waarin enerzijds is beoogd de vereffening van de boedel mogelijk te maken, maar waarbij anderzijds zo veel mogelijk recht wordt gedaan aan de belangen van de verhuurder, respectievelijk de werknemers. Juist omdat de curator moet kunnen vereffenen, moet hij de huur- respectievelijk arbeidsovereenkomst op niet al te lange termijn kunnen beëindigen, zodat de daaruit voortvloeiende kosten worden aangemerkt als kosten die noodzakelijkerwijs zijn gemaakt in het kader van de vereffening van de failliete

56 Van der Feltz, I, blz 427

57 Van der Feltz, I, blz 428.

boedel. Om die reden zijn deze kosten bij de wet als boedelschulden aangemerkt. De Hoge Raad heeft min of meer dezelfde benadering gekozen ten aanzien van de affinancieringsverplichting die kan ontstaan wanneer de curator een arbeidsovereenkomst opzegt. Ook van deze kostenpost kan moeilijk worden gezegd dat hij ertoe *strekt* om de boedel te vereffenen. Maar hij is wel noodzakelijk in het kader van die vereffening gemaakt en als zodanig door de Hoge Raad als boedelschuld aangemerkt.

Men kan, op goede gronden zelfs, kritiek hebben op het feit dat deze kosten door de wetgever respectievelijk door de Hoge Raad als boedelschulden zijn aangemerkt⁵⁸, maar dát ze daardoor boedelschulden zijn is positief recht. Dan moeten we ze ook als zodanig behandelen, als kosten dus die vóór alle faillissementsschulden gaan.

Wat dit betekent voor de wijze waarop deze boedelschulden moeten worden voldaan, kan worden afgeleid uit het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 1926, NJ 1926, blz. 1074 m.nt. E.M.M. In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat uit het feit, dat de vorderingen van de Staat wegens Rijksbelastingen voorrang hebben boven de andere schulden (op een aantal uitzonderingen na), volgt:

" (.) dat dan ook alle goederen van den schuldenaar in gelijke mate voor de bovenbedoelde vorderingen aansprakelijk zijn en er () geen aanleiding bestaat om (..) die schulden eerst dan op goederen, waarop eenig algemeen of bijzonder voorrecht rust, te verhalen, wanneer de opbrengst van de overige goederen van den schuldenaar daartoe ontoereikend is (..)"

Op vergelijkbare wijze als de superpreferente vordering van de fiscus vóór alle andere schulden gaat, gaan ook de boedelschulden die geen bijzondere faillissementskosten zijn, echter nog een niveau hoger dan deze vordering van de fiscus⁵⁹, voor alle faillissementsschuldeisers. Uit een analoge interpretatie van dit arrest volgt dan ook, dat alle goederen van de schuldenaar in gelijke mate voor deze boedelschulden aansprakelijk zijn, en dat het dus onjuist zou zijn deze boedelschulden niet ten laste te brengen van de opbrengst van goederen waarop een bijzondere preferentie rust. De boedel-

58 Zie de paragrafen 1.8.1 en 1.8.5.

59 In paragraaf 1.5.3 heb ik er reeds op gewezen dat de positie van de boedelschuldeisers principieel verschilt van die van de (super)preferente schuldeisers. Boedelschuldeisers staan geheel buiten de concursus van de faillissementsschuldeisers.

schulden die geen bijzondere faillissementskosten zijn drukken op het gehele boedelactief, oftewel gelijkmatig op ieder onderdeel van de boedel. Zij drukken in gelijke mate op het actief waaruit de algemeen preferenten en de concurrenten moeten worden voldaan en op het actief waarop een bijzondere preferentie rust. Zij moeten met andere woorden over alle activa naar evenredigheid worden omgeslagen.

2.3.5 *Consequenties voor enkele bijzonder bevoorrechte schuldeisers*

2.3.5.1 *Inleiding*

De conclusie dat alle boedelschulden, behalve de bijzondere faillissementskosten, algemene faillissementskosten zijn die ex art. 182 Fw moeten worden omgeslagen, is nadelig voor de schuldeisers met een bijzonder voorrecht op een bepaalde opbrengst van de boedel⁶⁰. Met name de boedelvordering van de bedrijfsvereniging wegens overgenomen loon- en premieverplichtingen is in de praktijk vaak een grote kostenpost die het omslagpercentage aanmerkelijk doet toenemen. Dit kan ertoe leiden dat een bijzonder voorrecht in veel situaties een wassen neus zal blijken te zijn. In de beschikking MeesPierson/Mentink q.q. was het een hypotheekhouder die nadeel ondervond van het hoge omslagpercentage. Dat was echter een uitzonderingsgeval, omdat hypotheekhouders (evenals pandhouders) aan de omslag over de executieopbrengst kunnen ontkomen door tijdig als separatist te executeren. In de praktijk zijn het voornamelijk de fiscus die zich beroept op zijn bodemvoorrecht, de retentor en de bijzonder bevoorrechte schuldeisers van afdeling 3.10.2 BW, die nadeel zullen ondervinden van het feit, dat in de omslag van art. 182 Fw alle boedelschulden moeten worden betrokken die geen bijzondere faillissementskosten zijn. In het navolgende zal ik de positie van enkele van deze bijzonder bevoorrechte schuldeisers nader bespreken.

60 Zie nader hoofdstuk 3, in het bijzonder paragraaf 3.3. Daarbij moet worden opgemerkt dat het aantal bijzondere preferenties onder het huidige recht aanzienlijk is verminderd ten opzichte van het oude recht. De omslagproblematiek zal dan ook in minder gevallen een rol spelen.

2.3.5.2 De fiscus met het bodemvoorrecht

In het verleden was het voornamelijk de fiscus die de enge opvatting van de algemene faillissementskosten verdedigde. De fiscus heeft daar belang bij, wanneer hij zich op grond van zijn bodemvoorrecht ex art. 21 lid 2 jo art. 22 lid 3 Iw bij voorrang wil verhalen op de opbrengst van stil verpande bodemzaken⁶¹. In dat geval zal de curator op grond van art. 57 lid 3 Fw een bedrag ten belope van de bevoorrechte vordering van de fiscus opeisen van de opbrengst die de pandhouder als separatist heeft gerealiseerd. Over dat bedrag zal een omslag moeten plaatsvinden van de algemene faillissementskosten, alvorens de fiscus daaruit kan worden voldaan⁶².

Tot voor kort stelde de fiscus zich op het standpunt dat in die omslag niet de overige boedelschulden mochten worden opgenomen, zoals men die in de enge leer onderscheidt. Bij sommige curatoren bleek de fiscus daarvoor gehoor te vinden. Zo ben ik tijdens mijn onderzoek diverse uitdelingslijsten en opheffingsbeschikkingen tegengekomen, waarin de boedelvordering van de bedrijfsvereniging niet werd omgeslagen over de opbrengst van de stil verpande bodemzaken, met als gevolg dat de bedrijfsvereniging (als boedelschuldeiser!) onvoldaan bleef, terwijl de fiscus voor zijn faillissementsvordering wel een uitkering kreeg. Opmerkelijk is, dat de bedrijfsverenigingen daartegen kennelijk niet in verzet zijn gekomen.

Inmiddels heeft de Staatssecretaris van Financiën⁶³, naar aanleiding van de hiervoor besproken beschikking van de Hoge Raad inzake MeesPierson/Mentink q.q., erkend dat over de opbrengst van het goed waarop het bodemvoorrecht rust een omslag van algemene faillissementskosten moet plaatsvinden, waarin behalve de bijzondere faillissementskosten alle boedelschulden zijn verdisconteerd. De Staatssecretaris geeft tevens toe dat,

61 Zie over het bodemvoorrecht van de fiscus paragraaf 6.1. Overigens is het bodemvoorrecht van art. 21 lid 2 Iw strikt genomen geen *bijzonder* voorrecht, maar een uitwerking van het *algemene* fiscale voorrecht (vgl. art. 21 lid 1 Iw). In het kader van de problematiek van de omslag van de algemene faillissementskosten, kan het bodemvoorrecht echter worden gelijk gesteld met een bijzonder voorrecht. Het geeft immers aanleiding tot een bijzondere verdeling van een bepaalde opbrengst: die van de stil verpande bodemzaken.

62 Voor de wijze waarop de omslag moet plaatsvinden over gelden die de curator op de voet van art. 57 lid 3 Fw heeft gerealiseerd, verwijs ik naar paragraaf 4.4.

63 Besluit van 13 oktober 1995, nr. AFZ95/3774M, gepubliceerd en voorzien van commentaar in V-N 1996, blz. 407-409.

wanneer de boedel onvoldoende baten bevat om alle boedelschulden te voldoen, de opbrengst van het goed waarop het bodemvoorrecht betrekking heeft, helemaal op gaat aan de omslag van de algemene faillissementskosten - die dan in feite meer dan 100% is - zodat de fiscus in dat geval helemaal geen uitkering ontvangt.

Het laatste deed zich voor in Rb. Almelo 26 april 1995 (Ontvanger/Kesler q.q.), V-N 1995, blz. 1837-1841. In die zaak kwam de opbrengst van inventarisgoederen waarop het bodemvoorrecht van de fiscus rustte, via de omslag van art. 182 Fw geheel ten goede aan de bedrijfsvereniging als boedel-schuldeiser wegens overgenomen loonverplichtingen. De Rechtbank achtte het verzet hier tegen van de Ontvanger ongegrond. Geheel in de lijn met de enige maanden later gedane beschikking van de Hoge Raad inzake Mees-Pierson/Mentink q.q., was de Rechtbank van oordeel dat pas tot een uitkering aan de Ontvanger kon worden overgegaan, nadat over de opbrengst van het bodemvoorrecht een omslag had plaatsgevonden, waarin ook de boedelvordering van de bedrijfsvereniging moest worden betrokken.

De (anonieme) annotator bij deze uitspraak in de V-N wijst op een ont-snappingsmogelijkheid voor de Ontvanger. Hij stelt dat de Ontvanger met de stille pandhouder een regeling zou kunnen aangaan waarbij de Ontvanger afstand doet van zijn bodemvoorrecht, zodat de pandhouder zelfstandig tot uitwinning kan overgaan om vervolgens de opbrengst in een tevoren overeengekomen verhouding te verdelen⁶⁴. De annotator suggereert dat de pandhouder daartoe bereid zal zijn omdat ook zijn verhaalsmogelijkheden door de omslag zouden worden aangetast. In paragraaf 4.4 zal ik betogen dat zulks niet het geval is. Voor de pandhouder is irrelevant of het deel van de opbrengst dat hij ex art. 57 lid 3 Fw aan de curator moet afstaan, ten goede komt aan de Ontvanger of - via de omslag - aan de boedel-schuldeisers. Dit neemt niet weg dat de afstandconstructie voor de pandhouder aantrekkelijk kan worden gemaakt, bijvoorbeeld wanneer de Ontvanger bereid is bij de onderlinge verdeling van de opbrengst genoeg te nemen met een lager bedrag dan de vordering waarvoor hij het bodemvoorrecht kan laten gelden. Voor de Ontvanger kan dit nog altijd voordelig zijn, omdat hij geen nadeel zou ondervinden van de omslag van de alge-

64 In het navolgende zal ik dit de 'afstandconstructie' noemen.

mene faillissementskosten. De annotator in de V-N erkent dat de doc. hem gesuggereerde afstandconstructie niet fraai is, maar hij vraagt zich af of de curator tegen deze handelwijze veel zou kunnen inbrengen.

Een poging daartoe wordt ondernomen door Tekstra⁶⁵, die stelt dat de afstandconstructie wellicht in strijd moet worden geacht met het fixatiebeginsel: het beginsel dat door de intrede van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt⁶⁶. Ik acht dat goed verdedigbaar. Daarnaast meen ik dat de afstandconstructie in strijd is met de goede trouw die schuldeisers onderling jegens elkaar in acht moeten nemen. In dat verband kan aansluiting worden gezocht bij HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 m.nt. PhANH (Doyer en Kalff/Bouwman q.q.). De strekking van dit arrest komt er kort gezegd op neer, dat de Hoge Raad het niet toelaatbaar acht dat een schuldeiser (i.c. een bank) zich bij de uitwinning van zijn goederenrechtelijke zekerheden, tevens verhaalt ter zake van vorderingen (i.c. obligaties) die hij van derden heeft overgenomen in het zicht van het faillissement van de schuldenaar. Hoewel er in zo'n geval van verrekening geen sprake is, acht de Hoge Raad deze handelwijze in strijd met strekking van art. 54 lid 1 Fw⁶⁷, welke bepaling hij dan ook analoog toepast. De voornoemde afstandconstructie is weliswaar een andere dan de bank in het Doyer en Kalff-arrest toepaste, maar er is een duidelijke overeenkomst, te weten dat een vordering (van de Ontvanger) de facto wordt gebracht onder het zekerheidsrecht van een derde (de pandhouder) teneinde zich te bevoordelen boven de andere schuldeisers in het faillissement. Ook dit acht ik in strijd met de door schuldeisers jegens elkaar in acht te nemen goede trouw.

Tenslotte zij opgemerkt dat hetgeen hiervoor is besproken ten aanzien van de fiscus die zich op zijn bodemvoorrecht beroept, evenzeer geldt voor de andere bevoorrechte schuldeisers die vóór een separaat executerende pand- of hypotheekhouder gaan, en te wier behoefte de curator evenzeer

65 Tekstra, *Fiscale aspecten van insolventies*, Den Haag 1996, blz. 60-61.

66 Vgl. HR 18 december 1987, NJ 1988, 340 m.nt. G (OAR/ABN). In paragraaf 1.4.1 heb ik dit het materiële aspect van het fixatiebeginsel genoemd.

67 Zie daarover ook HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 m.nt. JBMV (Amro/curatoren THB).

op de voet van art. 57 lid 3 Fw een bedrag ten belope van hun vordering in de boedel moet betrekken⁶⁸.

2.3.5.3 *De schuldeiser met het voorrecht van art. 3:287 BW*

Het meest schrijnende voorbeeld van een schuldeiser die benadeeld wordt door een hoog omslagpercentage van de algemene faillissementskosten, is misschien wel de schuldeiser aan wie het voorrecht van art. 3:287 BW is toegekend. Op grond van deze bepaling is een benadeelde voor zijn vordering wegens schadevergoeding bevoorrecht op de vordering die de schuldenaar uit hoofde van verzekering van zijn aansprakelijkheid heeft op zijn verzekeraar. Te denken valt bijvoorbeeld aan een werknemer die tijdens zijn werk lichamelijk letsel heeft opgelopen waarvoor zijn werkgever aansprakelijk is. Onder het oude recht bestond dit voorrecht nog niet. Bij faillissement van de aansprakelijke had de benadeelde slechts een concurrente vordering. Geheel in strijd met de strekking van de aansprakelijkheidsverzekering, kwamen de verzekeringspenningen dan ook nooit terecht bij de benadeelde. De wetgever achtte dit onwenselijk en daarom werd bij de invoering van het NBW in 1992 het hoge voorrecht van art. 3:287 BW in het leven geroepen⁶⁹. Wanneer de wetgever in de veronderstelling was dat de verzekeringspenningen daardoor wel in de meeste gevallen bij de benadeelde terecht zouden komen, is hij bedrogen uitgekomen. Omdat de wetgever niet zo ver wilde gaan de benadeelde een eigen recht op de verzekeraar te geven, vallen de verzekeringspenningen nog steeds in de failliete boedel, zodat de algemene faillissementskosten daarover moeten worden omgeslagen. Nu duidelijk is, dat in die omslag alle boedelschulden behalve de bijzondere faillissementskosten zijn opgenomen, zal voor de benadeelde vaak niet veel meer overblijven. De benadeelde zal zelfs helemaal niets ontvangen wanneer de boedelschulden in totaal hoger zijn dan het te verdelen actief, een situatie die meer regel is dan uitzondering.

2.3.5.4 *De retentor*

Ook het retentierecht kan door een grote omslag van de algemene faillissementskosten worden gefrustreerd. Wat dat betreft is de positie van de re-

⁶⁸ Zie nader paragraaf 4.4.

⁶⁹ Vgl. Parl. Gesch. Boek 3, blz. 877.

tentor in het nieuwe recht aanzienlijk verslechterd. Onder het oude recht had de curator te kiezen tussen hetzij betaling van het uitkeringspercentage zonder dat de zaak feitelijk in de boedel terugkeerde, hetzij integrale voldoening van de vordering van de retentor, waardoor het retentierecht verviel en de zaak alsnog in de boedel kwam. Omdat de waarde van de zaak meestal hoger was dan de vordering van de retentor kwam het laatste het meeste voor, waardoor de retentor buiten de omslag van de algemene faillissementskosten bleef. In het nieuwe recht is daar verandering in gekomen. Het retentierecht blijft ex art. 60 lid 1 Fw in faillissement nog steeds in stand, maar de retentor is zijn recht om de zaak onder zich te houden kwijt. Aan de curator is in art. 60 lid 2 Fw het recht toegekend de zaak van de retentor op te eisen. Verkoop geschiedt dan door de curator, waardoor de retentor moet gedogen dat van de opbrengst ex art. 182 Fw eerst een evenredig deel van de algemene faillissementskosten wordt afgetrokken⁷⁰. Dit betekent dat voor de retentor in veel gevallen, zeker wanneer in de omslag ook een aanzienlijke boedelvordering van de bedrijfsvereniging is opgenomen, niets of niet veel overblijft.

70 Zie nader paragraaf 4.1.3.

HET SYSTEEM VAN DE OMSLAG VAN DE ALGEMENE FAILLISSEMENTSKOSTEN

3.1 Probleemstelling: omslag over de uitkeringen of over de baten?

De vraag, welk systeem van omslag van de algemene faillissementskosten in art. 182 Fw wordt voorgeschreven, heeft in 1994 opnieuw aandacht gekregen door een publicatie van C.E. Polak¹. Volgens deze schrijfster is de wijze van omslaan, zoals in de huidige praktijk geschiedt, onjuist. Deze praktijk komt erop neer, dat van de baten eerst de algemene faillissementskosten worden betaald, waarna preferente schuldeisers zo mogelijk worden voldaan en tenslotte het eventuele restant onder de concurrente schuldeisers wordt verdeeld. Volgens dit systeem krijgt een preferente schuldeiser zijn vordering volledig voldaan, indien de opbrengst van het goed of de goederen waarop de preferentie rust, na aftrek van een evenredig deel van de algemene faillissementskosten, hoger is dan de omvang van de preferente vordering. In dat geval komen de algemene faillissementskosten feitelijk geheel ten laste van de concurrente schuldeisers.

Dat deze praktijk onjuist zou zijn, leidt Polak onder meer af uit het arrest van de Hoge Raad van 5 november 1993, NJ 1994, 258 m.nt. WMK (Dutch Air/De Bary). In dit arrest ziet zij een aanwijzing dat ook schuldeisers aan wie een preferentie is toegekend, in alle gevallen moeten bijdragen in de omslag van de algemene faillissementskosten. 'Bijdragen' betekent in de visie van Polak, die bijval heeft gekregen van Van Mierlo², dat een preferente schuldeiser nooit méér ontvangt dan het bedrag van zijn vordering verminderd, met het omslagpercentage. Op een discussiebijeenkomst van de Vereniging Insolventierecht Advocaten³ lichtte Polak haar standpunt toe aan de hand van het volgende voorbeeld:

-
- 1 C.E. Polak, Omslag in de omslag!(?) van algemene faillissementskosten, NJB 1994, blz. 154-156. Zie ook N.J. Polak/C.E. Polak, blz. 216.
 - 2 Van Mierlo, oratie, blz. 13.
 - 3 INSOLAD-Workshop van 14 september 1994, over "De omslag van de faillissementskosten".

Voorbeeld 5

Actief	600
Algemene faillissementskosten	200
Algemeen preferente schuldeisers	150
Concurrente schuldeisers	1.000

Uitdeling:

Praktijk:

Actief	600
Kosten	<u>200</u> -
	400
Preferenten	<u>150</u> -
Concurrenten	250

Oplossing volgens Polak:

Actief	600
Kosten	<u>200</u> - (1/3)
	400
Preferenten	150 - 1/3 = <u>100</u> -
Concurrenten	300

Concurrenten $250/1.000 = 25\%$ Concurrenten $300/1.000 = 30\%$

Uit dit voorbeeld⁴ blijkt, dat in de door Polak voorgestane wijze wordt omgeslagen over de uitkeringen⁵. Zij brengt een evenredig deel van de algemene faillissementskosten in mindering op de bedragen waarvoor de verschillende schuldeisers batig kunnen worden gerangschikt, zodat een preferente schuldeiser maximaal zijn vordering minus het omslagpercentage zal ontvangen.

4 Zie ook de uitdelingslijst die als bijlage B is opgenomen in N.J. Polak/C.E. Polak, blz. 274 e.v. (zie met name de toelichting op blz. 277 en 278). In die uitdelingslijst wordt, net als in de uitdelingslijst van de voorlaatste (vijfde) druk van hetzelfde boek, het omslagpercentage in mindering gebracht op de bedragen die aan de preferente schuldeisers kunnen worden uitgekeerd. In de vierde en voorgaande drukken van 'Faillissementsrecht' was dit anders, maar de daarin opgenomen uitdelingslijsten waren een nagenoeg getrouwe kopie van de uitdelingslijst uit de 'oude' Polak van 1972 (M. Polak/N.J. Polak).

5 Men noemt deze wijze van omslaan ook wel eens omslag over de *vorderingen* (passiva). Die benaming is echter niet zuiver. De begripsverwarring is waarschijnlijk ontstaan doordat de uitkering aan een preferente schuldeiser gelijk kan zijn aan zijn vordering. Dat is echter niet altijd het geval, namelijk niet wanneer het actief, al afgezien van de omslag, niet toereikend is om de preferenten 100% uit te keren. In dat geval wordt in de visie van Polak niet omgeslagen over de vorderingen van de preferente schuldeisers, maar over de bedragen waarvoor zij batig kunnen worden gerangschikt. In het vervolg zal ik ten aanzien van het systeem van Polak dan ook slechts spreken van omslag over de *uitkeringen*.

Daarbij moet worden opgemerkt dat de door Polak in haar voorbeeld voorgestane wijze van omslaan, rekenkundig onjuist is. Zij berekent het omslagpercentage door de algemene faillissementskosten te delen door het (totale) boedelactief, maar relateert de omslag vervolgens aan de uitkeringen. In het Praktijkboek Curatoren⁶ wordt aan de hand van een rekenvoorbeeld toegelicht dat deze berekeningswijze ertoe kan leiden, dat de preferente schuldeisers meer moeten bijdragen aan de omslag van de algemene faillissementskosten, dan de algemene faillissementskosten in werkelijkheid bedragen. De berekeningswijze van Polak kan er ook toe leiden dat, na de uitkeringen aan de preferente en de concurrente schuldeisers, nog actief resteert. Dit wordt duidelijk wanneer we in haar rekenvoorbeeld (voorbeeld 5) uitgaan van andere getallen. Nemen we aan dat de concurrente schuldeisers tezamen niet 1.000 maar 300 hebben te vorderen, dan zijn de oplossingen volgens de berekeningswijze van Polak als volgt:

Voorbeeld 6

Actief	600
Algemene faillissementskosten	200
Algemeen preferente schuldeisers	150
Concurrente schuldeisers	300

Uitdeling:

Praktijk:

Actief	600
Kosten	<u>200</u> -
	400
Preferenten	<u>150</u> -
Concurrenten	250
Concurrenten $250/300 = 83,33\%$	

Oplossing volgens Polak:

Actief	600
Kosten	<u>200</u> - (1/3)
	400
Preferenten	$150 - 1/3 =$ <u>100</u> -
	300
Concurrenten	$300 - 1/3 =$ <u>200</u> -
Restant	100

Bij de wijze van omslaan zoals Polak voorstaat, ontstaat de vreemde situatie dat er een restant van 100 overblijft. Hierbij moet worden aangetekend, dat in dit rekenvoorbeeld het actief hoger is dan het passief (exclusief de algemene faillissementskosten) en men zich dus de vraag kan stellen of dit voorbeeld wel zo reëel is. Inderdaad zal dit niet zo vaak voorkomen, maar

6 Praktijkboek Curatoren, paragraaf 12.6.1, bewerkt door J.L.M. Arts en P.J. Peters.

ondenkbaar is het zeker niet. Men denke bijvoorbeeld aan het geval waarin de curator met succes een actio pauliana heeft ingesteld of een claim ter zake van bestuurdersaansprakelijkheid heeft kunnen realiseren⁷.

Met de constatering dat het voorbeeld van Polak rekenkundig niet juist is, is het principe van haar opvatting echter nog niet verworpen. Haar doelstelling, om ook de preferente schuldeisers in alle gevallen daadwerkelijk te laten bijdragen in de omslag van de algemene faillissementskosten, kan op zich wel op rekenkundig juiste wijze worden gerealiseerd. Het is evenwel de vraag of een systeem, waarbij de preferente schuldeisers nooit meer ontvangen dan hun uitkering minus een omslagpercentage, overeenkomstig (het systeem van) de wet is.

De critici van Polaks visie menen van niet. Zij stellen dat moet worden omgeslagen over de baten, hetgeen in overeenstemming is met de huidige praktijk⁸. Aldus heeft de discussie zich toegespitst op de vraag, *waarover* de algemene faillissementskosten moeten worden omgeslagen: dienen zij te worden omgeslagen over de uitkeringen of over de baten⁹?

Deze discussie is rond de eeuwwisseling, enige jaren na de totstandkoming van de Faillissementswet, al eens gevoerd. Door Bles¹⁰ werd destijds ook een systeem van omslag over de uitkeringen gepropageerd. Bles meende dat het systeem van omslag over de baten, waarin mogelijk is dat de algemene faillissementskosten feitelijk geheel ten laste komen van de concur-

7 De bestuurder is dan overigens slechts aansprakelijk voor het tekort van de boedel, zie de artt 2138 lid 1 en 2248 lid 1 BW. Het is echter mogelijk dat een bestuurder naast de aansprakelijkheid op grond van genoemde bepalingen tevens aansprakelijk is op grond van wanprestatie of onrechtmatig handelen

8 Zie de reacties op het NJB-artikel van C.E. Polak van J.B. Huizink en J.J. van Hees in NJB 1994, blz. 619 e.v. Zie ook A. van den End, Open brief aan C.E. Polak, gepubliceerd in INSOLAD-Nieuwsbrief 1994, nr. 3, A.H. Schotman, tekst van zijn lezing op de INSOLAD-Workshop op 14 september 1994 (niet gepubliceerd); E.W.J.H. de Liagre Bohll, Kroniek van het faillissementsrecht, NJB 1994, blz. 22, F.M.J. Verstijlen, Boedelschulden en de omslag van faillissementskosten, NTBR 1996, blz. 83; A.J. Tekstra, Fiscale aspecten van insolventies, Den Haag 1996, blz. 61-62 en Praktijkboek Curatoren, paragraaf 12.6.1, bewerkt door J.L.M. Arts en P.J. Peters

9 Men kan het begrip 'baten' vervangen door 'activa', 'boedelbestanddelen' of 'opbrengsten'. De betekenis is steeds dezelfde.

10 A.E. Bles, Diverse bijdragen over 'Art. 182 Faillissementswet' in W. 7224 (1899), W. 7234 (1899), W. 7827 (1902) en W. 7834 (1902).

rente schuldeisers, niet de bedoeling van de wetgever is geweest. Deze opvatting werd door verschillende tijdgenoten echter sterk bekritiseerd¹¹.

De relevantie van de vraag of de omslag moet plaatsvinden over de uitkeringen of over de baten, is groot. Polak beschrijft de consequenties van haar opvatting als volgt:

"Doordat, in mijn visie, ook de preferente schuldeisers in de omslag van de algemene faillissementskosten moeten delen, zal er eerder iets ter verdeling voor de concurrente schuldeisers overblijven en zal er vaker uitdeling plaatsvinden. In verband met de opmerkingen van mr Huizink heb ik de cijfers van de Rechtbank Amsterdam van de laatste jaren opgevraagd. Daaruit blijkt dat in ongeveer 8% van de afgewikkelde faillissementen een verificatievergadering plaatsvindt. In die gevallen komt het dus meestal tot uitdeling. Het aantal opheffingen bij gebrek aan baten bedraagt ruwweg 90%¹². Hierin zijn de oneigenlijke opheffingen - opheffingen waarbij wel een uitkering plaatsvindt aan de fiscus en bedrijfsvereniging - begrepen. Het aantal daarvan wordt wel geschat op 70% van de opheffingen. In een aantal van die laatste gevallen, laten we zeggen eenderde, zal wanneer omslag plaatsvindt, wel uitdeling moeten plaatsvinden. Daarmee zal het totale aantal gevallen waarin geverifieerd moet worden oplopen tot bijna 30% van de afgewikkelde faillissementen. Dat is drie à vier keer zoveel als nu!"¹³

De consequenties van Polaks benadering strekken veel verder dan zij hier beschrijft. Wanneer, zoals in haar opvatting, preferente schuldeisers nooit méér zullen ontvangen dan hun vordering minus het omslagpercentage, zal in het geval waarin uitkeringen aan preferente schuldeisers kunnen worden voldaan, *altijd* actief resteren ter verdeling onder de concurrente schuldeisers. Dit betekent dat, wanneer de boedel positief is¹⁴, niet vaker,

11 Zie de afwijzende reacties op de bijdragen van Bles van H. van Manen in W 7228 (1899) en Seerp Gratama in W 7231 (1899), W 7824 (1902) en W 7831 (1902). Zie ook J. J. Heijse, Art. 182 der Fw en de Fiscus-Schuldeischer, Themis 1900, blz. 33-99, Ph. B. Libourel, Art. 182 der Faillissementswet, R. M. 1903, blz. 321-339 en H. Hesse, De Faillissementswet in de praktijk, R. M. 1904, blz. 460-463.

12 Landelijk gezien eindigde 4,3% van alle 5.466 in 1995 (laatst gepubliceerde cijfers) beeindigde faillissementen door een boedelvereffening (verificatievergadering en uitdeling) en lag het percentage (eigenlijke en oneigenlijke) opheffers op 92,2. Bron: Faillissementsstatistiek 1995, CBS, Voorburg/Heerlen 1996, blz. 23, staat 15.

13 C. E. Polak, Naschrift in NJB 1994, blz. 621-622.

14 Van een positieve boedel is sprake in alle gevallen waarin het totale boedelactief groter is dan alle boedelschulden, waaronder de algemene faillissementskosten, tezamen. Is dat niet het geval en is de boedel dus negatief, dan zal geen enkele (preferente of concurrente) faillissementsschuldeiser een uitkering ontvangen en is er dus ook geen reden voor een omslag van de algemene faillissementskosten.

maar *altijd* een verificatievergadering en uitdeling zal moeten plaatsvinden¹⁵. Van oneigenlijke opheffingen zal in het systeem van omslag over de uitkeringen ook geen sprake meer kunnen zijn, aangezien een consequente toepassing van dat systeem betekent, dat de superpreferente fiscus en de bedrijfsvereniging nooit meer als enige schuldeisers aanspraak kunnen maken op een uitkering.

In paragraaf 3.2 zal ik mij mengen in de discussie over de vraag, welke wijze van omslag van de algemene faillissementskosten in art. 182 Fw wordt voorgeschreven. Daarbij zal ik het standpunt verdedigen dat de omslag moet plaatsvinden over de baten. In paragraaf 3.3 zal worden uitgewerkt waartoe de omslag over de baten in de praktijk leidt en ten laste van welke faillissementsschuldeisers de algemene faillissementskosten daardoor komen. Vervolgens wordt stilgestaan bij de vraag of deze praktijk wellicht onbillijk is, zoals de voorstanders van een omslag over de uitkeringen suggereren (3.4).

3.2 De omslag moet plaatsvinden over de baten

De algemene faillissementskosten moeten, zoals in de huidige faillissementspraktijk ook gebeurt, worden omgeslagen over de baten. Dat blijkt uit het systeem van de wet, uit de wettekst zelf en ook uit de wetsgeschiedenis. Ook in de literatuur wordt de omslag over de baten verdedigd. Hierna wordt een en ander nader toegelicht.

Art. 3:277 lid 1 BW luidt:

"Schuldeisers hebben onderling een gelijk recht om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang."

Zie nader hoofdstuk 5.

15 Men kan dit gemakkelijk verifiëren door in voorbeeld 5 uit te gaan van andere getallen. Wanneer de algemene faillissementskosten bijvoorbeeld niet 200 bedragen maar 500 (5/6 van het actief; de boedel is dan dus bijna negatief) kunnen de concurrenten in de oplossing van Polak nog steeds een uitkering tegemoet zien van 7,5% van hun vorderingen.

Uit deze bepaling vloeien twee uitgangspunten voort, die voor het onderhavige probleem van groot belang zijn:

1. de executiekosten moeten uit de opbrengst worden voldaan vóór de vorderingen ten behoeve waarvan wordt geëxecuteerd;
2. bij verdeling van de netto-opbrengst komt een lager gerangschikte schuldeiser pas aan bod, nadat een hoger gerangschikte schuldeiser geheel is voldaan.

Het eerste uitgangspunt is van belang omdat, zoals ik in paragraaf 2.2.4 al betoogde, de algemene faillissementskosten als executiekosten kunnen worden beschouwd; namelijk als kosten van executie van de failliete boedel in zijn geheel (zogenaamde vereffeningskosten). Het bepaalde in art. 3:277 lid 1 BW brengt met zich mee, dat deze executiekosten eerst op de opbrengst in mindering moeten worden gebracht en dat pas daarna kan worden bekeken aan wie, in welke rangorde, de netto-opbrengst kan worden uitgekeerd. Wanneer wordt omgeslagen over de uitkeringen, wordt deze volgorde omgedraaid. Uit het tweede uitgangspunt volgt dat, bij verdeling van de netto-opbrengst, de concurrente schuldeisers pas worden voldaan nadat de preferente schuldeisers geheel zijn voldaan. Omslag over de uitkeringen is ook met dit uitgangspunt in strijd. Een dergelijke wijze van omslaan heeft namelijk tot gevolg dat een preferente schuldeiser nooit volledig wordt voldaan, zelfs niet wanneer de concurrenten ook een uitkering ontvangen. Polak zegt over dit argument, dat haar wijze van omslaan op gespannen voet staat met de artt. 3:277 e.v. BW, het volgende:

"Ik ben het daar niet mee eens, maar vind het argument ook niet zo sterk, alleen al omdat de Faillissementswet een *lex specialis* is die veel ouder is dan de regels die het NBW ons sedert 1992 terzake geeft. Er is nog een reden om de *lex specialis* toe te passen. In de faillissementssituatie kunnen de schuldeisers, behalve bij grote uitzondering, niet geheel worden voldaan. In de normale situatie is dat wel zo. Ook dat is een reden om aan het BW geen argument voor de faillissementssituatie te ontnemen."¹⁶

Ik zou hierop het volgende willen antwoorden. Dat de Faillissementswet moet worden beschouwd als *lex specialis* ten opzichte van de regels uit het Burgerlijk Wetboek, betekent slechts dat de Faillissementswet in faillisse-

16 C.E. Polak, tekst van haar voordracht op de INSOLAD-Workshop van 14 september 1994, blz 3, nr. 6 (niet gepubliceerd).

mentssituaties vóór gaat, wanneer bepalingen uit het BW daarmee in strijd zijn. Van strijd tussen art. 3:277 lid 1 BW en 182 Fw is echter geen sprake. Integendeel: met de bepaling van art. 182 Fw wordt juist bewerkstelligd dat de regel van art. 3:277 lid 1 BW, dat verdeeld wordt de netto-opbrengst die resteert nadat de kosten van executie zijn voldaan, ook in faillissement zijn werking heeft¹⁷. Deze regel wordt in het BW inderdaad pas tot uitdrukking gebracht sinds 1992. Het uitgangspunt echter, dat uit een executie-opbrengst eerst de kosten van executie moeten worden voldaan, alvorens iets toekomt aan degene(n) ten behoeve van wie de executie geschiedde, is niet nieuw. Dit uitgangspunt was al vastgelegd in het, ten tijde van de invoering van de Faillissementswet reeds bestaande, oud BW; namelijk in de artt. 1185 onder 1 en 1195 onder 1 BW (oud)¹⁸. Ook het feit dat in een faillissementssituatie de schuldeisers bijna nooit geheel worden voldaan, pleit niet tegen toepassing van de artt. 3:277 e.v. BW. Juist in situaties waarin het actief ontoereikend is om alle schuldeisers integraal te voldoen, geldt het uitgangspunt dat de netto-opbrengst moet worden verdeeld volgens de wettelijke regels van rangorde.

Pleit het systeem van de wet, zoals vastgelegd in art. 3:277 BW, dus voor een omslag over de baten, ook uit de tekst en de parlementaire geschiedenis van art. 182 Fw kan dat worden afgeleid. Deze bepaling spreekt van 'omslag over ieder deel van de boedel'. Het begrip 'boedel' wordt in verschillende betekenissen gebruikt¹⁹. In art. 182 Fw kan deze betekenis slechts zijn: alle activa (goederen die te gelde kunnen worden gemaakt) die onder het algemene faillissementsbeslag vallen. Voor deze interpretatie vind ik steun in de Memorie van Toelichting op art. 182 Fw, die vermeldt:

"De (GAJB: algemene faillissements-)kosten zijn een last, die op het geheele actief drukt, op den boedel in zijn geheel en dus ook op ieder afzonderlijk bestanddeel

17 Zie paragraaf 2.2.4.

18 Zie nader paragraaf 1.5.2, waaruit tevens blijkt dat de kosten die onder het oude recht bevoorrecht waren op grond van de artt. 1185 onder 1 BW (oud) en 1195 onder 1 BW (oud), thans zijn ondergebracht onder de kosten van executie in de zin van art. 3:277 lid 1 BW. In paragraaf 2.2.4 is nader toegelicht dat de algemene faillissementskosten kunnen worden geïdentificeerd met de kosten waarop art. 1195 onder 1 BW (oud) betrekking had.

19 Zie over de verschillende betekenissen die aan het begrip 'boedel' (in surséance) kunnen worden toegekend Leuftink, paragraaf 3.9.

daarvan Zij behooren omgeslagen te worden over alle deelen van het actief, (door, GAJB) de opbrengst van elk deel met dezelfde percentage te verminderen "20

Ook in de rechtspraak²¹ en in de literatuur²² wordt omslag over de uitkeringen uitdrukkelijk afgewezen, en is de heersende opvatting dat de omslag van art. 182 Fw moet plaatsvinden over de baten. De 'oude' Polak²³ stelt:

"Het is onjuist, wat men een enkele keer wel eens ziet, de omslag te doen over de *vorderingen of uitkeringen*. Dan zouden de bevoorrechte schuldeisers hun vorderingen *nummer integraal* betaald krijgen "

Overigens gaat ook C.E. Polak, zowel in de voorlaatste druk van haar boek²⁴ als in haar genoemde artikel in het NJB, aanvankelijk uit van omslag over de opbrengst van ieder deel van de boedel. Later in het artikel spreekt zij echter van omslag "ook over vorderingen waaraan een voorrecht is verbonden". Ook in haar rekenvoorbeelden²⁵ slaat Polak om over de uitkeringen. Zij is daarin overigens niet consequent. Zo houdt zij het wel voor mo-

-
- 20 Van der Feltz, II, blz 241 Ook uit talloze andere passages uit de Memorie van Toelichting en het verslag van de Tweede Kamer met regeringsantwoord blijkt onomwonden, dat de wetgever een omslag over de baten (opbrengsten, activa) voor ogen had
- 21 Zie Rb Dordrecht 19 oktober 1898, W 7215 (1899), Rb 's-Gravenhage 1 maart 1899, W 7252 (1899), Rb Arnhem 23 maart 1899, W 7262 (1899), Rb Groningen 29 november 1901, W 7675 (1901), Rb. Dordrecht 7 juni 1916, NJ 1916, blz 1178, Rb Rotterdam 16 januari 1931, NJ 1932, blz 757
- 22 Naast de schrijvers genoemd in de noten 8 en 11 van dit hoofdstuk, kan nog worden verwezen naar Snuts, blz 45, Vollmar, blz 833, Molengraaff/Star Busmann, blz 524 en A W J van Vrijberghe de Coninck, De publiekrechtelijke privileges, in Rechtskundige Opstellen, aangeboden aan prof.mr E M Meijers, Zwolle 1935, blz 293
- 23 M Polak/NJ Polak, blz 351
- 24 N J Polak, Faillissementsrecht, vijfde druk, bewerkt door C E Polak, Alphen aan den Rijn 1992 In deze druk is op blz 172 de bovengeciteerde waarschuwing van de 'oude' Polak nog opgenomen Een en ander wordt zelfs toegelicht aan de hand van een rekenvoorbeeld, waaruit blijkt dat een bevoorrechte schuldeiser zijn vordering integraal krijgt voldaan, wanneer het actief waarop zijn voorrecht rust, na de omslag der algemene faillissementskosten nog toereikend is In de zesde druk (1995) van 'Faillissementsrecht' zijn de geciteerde waarschuwing en het genoemde rekenvoorbeeld niet meer opgenomen Zij zijn op blz 216 vervangen door een alinea, waarin bewerkster C E Polak hetzelfde standpunt inneemt als zij verdedigde in haar artikel in het NJB Op blz 217 spreekt zij van het "(omslag)percentage dat - als waren het 'incassokosten' - op de *uitkeringen* in mindering dient te worden gebracht (cursivering GAJB) "
- 25 Zie voorbeeld 5 en N J Polak/C E Polak, Bijlage B, voorbeeld van een uitdelingslijst, blz 274 e v

gelijk, dat een schuldeiser met een bijzonder voorrecht op een bepaalde bate, de facto niet meebetaalt aan de omslag van de algemene faillissementskosten:

"Het is immers mogelijk dat een schuldeiser met een voorrecht op een bepaald goed geheel kan worden voldaan: dit is het geval als dat goed zoveel netto opbrengt²⁶ dat ook na omslag van de kosten de vordering van die schuldeiser geheel kan worden betaald."²⁷

Hier gaat Polak wel uit van omslag over de bate waarop een bijzonder voorrecht rust²⁸. De geciteerde opmerking is dan ook volkomen juist. Zij is echter moeilijk te verenigen met de positie die de algemeen preferente schuldeisers in Polaks opvatting innemen. Waarom zouden die niet volledig mogen worden voldaan, wanneer de gecumuleerde opbrengst van alle boedelactiva, na de omslag van de algemene faillissementskosten, daarvoor toereikend is? Voor een beter begrip van deze retorische vraag is het nuttig de praktische betekenis van de omslag over de baten nader te bezien.

3.3 De omslag over de baten nader bezien

Omslag over de baten betekent dat op de opbrengst van ieder actief bestanddeel van de boedel een omslagpercentage in mindering moet worden gebracht²⁹. Dat geldt tevens voor de opbrengsten waarop preferente

26 Onder de netto-opbrengst verstaat Polak de bruto-opbrengst van een goed van de boedel, minus de bijzondere faillissementskosten die ten behoeve van het betreffende goed zijn gemaakt; zie C.E. Polak, a.w. (NJB 1994), blz. 155.

27 C.E. Polak, a.w. (NJB 1994), blz. 156.

28 In het voorbeeld van een uitdelingslijst die als bijlage B is opgenomen in N.J. Polak/C.E. Polak, blz. 274 e.v., wijkt Polak echter weer af van hetgeen zij hier stelt. In die uitdelingslijst is een schuldeiser opgenomen (in de uitdelingslijst 'R' genoemd maar in de toelichting op blz. 277 per abuis als 'G' aangeduid), die voor een vordering van f 2.000,- krachtens art. 3:285 BW is bevoorrecht op de opbrengst van een noodgebouw ad f 8.000,-. Aan deze schuldeiser wordt f 1.800,- uitgekeerd (f 2.000,- minus 10% omslag). Hier wordt dus omgeslagen over de uitkering, waardoor de bevoorrechte schuldeiser zijn vordering niet volledig krijgt voldaan, ondanks het feit dat de netto-opbrengst waarop zijn voorrecht rust, zijn vordering ruimschoots overtreft.

29 Dit omslagpercentage kan worden berekend door het totaal der algemene faillissementskosten te delen door het totale boedelactief minus de bijzondere faillissementskosten.

schuldeisers zich bij voorrang kunnen verhalen, zo blijkt ook uit de Memorie van Toelichting op art. 182 Fw:

"Eindelijk is bij deze vraag nog de bevoorrechte schuldeischer betrokken. Moeten de faillissementskosten ook over de opbrengst van het voorwerp, waarop het voorrecht kleeft, omgeslagen worden? Het kan niet twijfelachtig zijn dat ook hier het antwoord bevestigend moet luiden. Immers handelt men niet alzoo dan brengt men de faillissementskosten feitelijk uitsluitend ten laste van de *concurrente* schuldeisers, terwijl zij worden uitgegeven ten bate van *alle geverifiëerde* schuldeischers."³⁰

Ook de preferente schuldeisers moeten dus altijd de omslag van de algemene faillissementskosten gedogen, in die zin, dat van het actief waaruit zij moeten worden voldaan, eerst een evenredig deel van de algemene faillissementskosten moet worden afgetrokken. Dit betekent echter niet dat een preferente schuldeiser zijn vordering nooit integraal voldaan zal kunnen krijgen. Wanneer de opbrengst van het goed of de goederen waarop de bijzondere dan wel algemene preferentie rust, na aftrek van het omslagpercentage, hoger is dan de preferente vordering, dient deze vordering alsnog geheel te worden voldaan. In dat geval heeft de omslag dus wel plaatsgevonden, maar ondervindt de preferente schuldeiser daar feitelijk geen nadeel van³¹.

Het heeft praktisch gezien slechts zin een omslagpercentage in mindering te brengen op een bepaalde opbrengst, wanneer er reden is voor een afzonderlijke verdeling van deze opbrengst. Dat is in beginsel slechts het geval wanneer op de individuele opbrengst een bijzonder voorrecht rust. Anders gezegd: in het kader van de omslag van de algemene faillissementskosten zijn er zoveel onderdelen van de boedel als er bestanddelen zijn waarop een bijzondere preferentie rust, plus één. Zijn er slechts schuldeisers met een algemene preferentie, dan is er voor wat betreft de omslag maar één onderdeel van de boedel: het totale boedelactief. De omslagregel van art. 182 Fw heeft dan geen praktische betekenis. Men zou het ook als volgt kunnen zien: indien de opbrengst van het eerste te gelde gemaakte goed, na aftrek van een evenredig deel van de algemene faillissementskosten, niet voldoende is om de vorderingen van de algemeen preferente schulde-

30 Van der Feltz, II, blz. 241.

31 Vgl. M. Polak/N.J. Polak, blz. 351 en Faillissementswet, Van Zeben - Van Galen/De Liagre Böhl, art. 182, aantekening 3, waarin wordt verwezen naar lagere rechtspraak en een en ander nader in een voorbeeld is uitgewerkt.

sers te voldoen, gaan zij door naar het volgende, zulks totdat hetzij hun vorderingen volledig zijn voldaan, hetzij alle goederen zijn uitgewonnen³². Een omslag over iedere executie-opbrengst afzonderlijk is daarvoor niet nodig. Praktisch kan hetzelfde resultaat worden bereikt door uit het totale boedelactief eerst de algemene faillissementskosten te voldoen, waarna de algemeen preferente schuldeisers zo mogelijk geheel worden voldaan en vervolgens een eventueel restant onder de concurrenten verdeeld wordt. Zo blijkt ook uit het Verslag van de Tweede Kamer met regeringsantwoord bij art. 182 Fw:

"Feitelijk zal de omslag slechts behoeven te geschieden over die deelen van den boedel, waarvan de opbrengst tot eene afzonderlijke verdeeling aanleiding geeft. Bijvoorbeeld, er zijn geene schuldeisers met recht van voorrang, dan is het volmaakt onverschillig, of van iederen post van ontvang éézelfde percentage voor kosten wordt afgetrokken, dan wel in eens van de totaalpost der ontvangsten (een, GAJB) gelijk percentage."³³

Het is wellicht nuttig een en ander toe te lichten aan de hand van een rekenvoorbeeld:

Voorbeeld 7

In het faillissement van een productiebedrijf bestaat het boedelactief uit de volgende baten:

- Opbrengst machine	6.000
- Opbrengst voorraad grondstoffen	12 000
- Opbrengst inventaris	8 000
- Geinde handelsvorderingen	10 000
- Credit-saldo op rekening courant	<u>4 000</u> +
Totaal:	40 000

De volgende schuldeisers hebben hun vorderingen ter verificatie aangemeld:

- A met een vordering van 3 000 wegens reparatie van de machine, waarvoor hij op grond van art. 3 285 BW is bevoorrecht op de opbrengst van de machine;
- B met een vordering van 10 000 wegens gemaakte kosten tot behoud, waarvoor hij ex art. 3 284 BW is bevoorrecht op opbrengst van de voorraad grondstoffen,

32 Ontleend aan A H Schotman, tekst van zijn voordracht tijdens de INSOLAD-Workshop van 14 september 1994 over 'De omslag van de algemene faillissementskosten' (niet gepubliceerd)

33 Van der Feltz, II, blz. 241. Zie ook M. Polak/N. J. Polak, blz. 352; J. J. van Hees, NJB 1994, blz. 620; P. H. Smits, blz. 43; H. F. A. Vollmar, blz. 831; Faillissementswet, Van Zeben - Van Galen/De Liagre Bohll, art. 182, aantekening 3; A. W. J. van Vrijberghe de Coninck, a. w., blz. 268

- C met een vordering van 500 wegens kosten van de faillissementsaanvraag (algemeen bevoorrecht ex art 3 288 onder a BW),
- De bedrijfsvereniging met een vordering van 15 000 wegens overgenomen achterstallige loonverplichtingen over een periode voor de faillietverklaring (algemeen bevoorrecht ex art 3 288 onder e BW),
- De concurrente schuldeisers hebben tezamen 30 000 te vorderen

De algemene faillissementskosten bedragen 10 000 Het omslagpercentage is derhalve 25% (10 000/40 000)

Het boedelactief bestaat hier uit vijf verschillende baten Er zijn echter slechts twee baten die aanleiding geven voor een afzonderlijke verdeling, omdat zij als bijzondere waarborg dienen voor de vorderingen van bepaalde schuldeisers Het betreft de opbrengsten van de machine en van de voorraad grondstoffen, waarop de bijzondere preferenties rusten van A respectievelijk B Slechts op deze baten dient afzonderlijk een omslagpercentage in mindering te worden gebracht De verdeling van deze baten is als volgt

opbrengst machine	6 000
omslag 25%	<u>1 500</u> -
	4 500
uit te keren aan A	<u>3 000</u> -
restant	1 500
opbrengst voorraad grondstoffen	12 000
omslag 25%	<u>3 000</u> -
resteert voor B	9 000

Het resterende boedelactief kan voor wat betreft de omslag worden beschouwd als één bate De verdere verdeling geschiedt dus als volgt

opbrengst inventaris	8 000
opbrengst handelsvorderingen	10 000
credit-saldo rekening courant	<u>4 000</u> +
totaal	22 000
omslag 25%	<u>5 500</u> -
	16 500
restant opbrengst machine	<u>1 500</u> + ³⁴
	18 000
uit te keren aan C	<u>500</u> -
	17 500
uit te keren aan bedrijfsvereniging	<u>15 000</u> -
resteert voor concurrenten	2 500

Aan de concurrenten kan circa 8% van hun vorderingen worden uitgekeerd (2 500/31 000³⁵)

- 34 Over de opbrengst van de machine had al een omslag plaatsgevonden Op het bedrag dat resteert nadat A volledig uit de netto-opbrengst was voldaan, mag dus niet nogmaals een omslagpercentage in mindering worden gebracht
- 35 30 000 vermeerderd met het bedrag van 1 000 waarvoor B niet is voldaan krachtens zijn preferentie en waarvoor hij derhalve als concurrent schuldeiser kan opkomen

Het arrest HR 5 november 1993, NJ 1994, 258 m.nt. WMK (Dutch Air/De Bary) past geheel in het voorgaande verhaal. In tegenstelling tot Polak, meen ik dat de Hoge Raad in dat arrest niet bedoeld heeft een wijziging aan te brengen in de huidige omslagpraktijk. Wanneer de Hoge Raad wel een wijziging van de omslagpraktijk beoogde, had het voor de hand gelegen dat dit expliciet in het arrest aan de orde zou zijn gekomen. Dat is niet het geval omdat niet zozeer de omslagproblematiek aan de orde werd gesteld, maar veeleer de relativering van de - onder het oude recht nog toegestane - fiduciaire eigendomsoverdracht in relatie tot bepaalde preferente schuldeisers. Het arrest ligt in het verlengde van HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 m.nt. WMK (Van Gend & Loos). Daarin had de Hoge Raad beslist dat een zekerheidsoverdracht door middel van levering constituto possessorio niet kon worden ingeroepen tegenover het algemene voorrecht van een douane-expediteur ex art. 58 AWDA³⁶, voor zover dit voorrecht rustte op zaken die zonder de verrichtingen van de douane-expediteur niet onder het fiduciaire verband zouden zijn gekomen. Laatstgenoemde kon zijn voorrecht dus boven de zekerheidseigenaar geldend maken op bepaalde, door hem ingeklaarde, zaken. In het arrest Dutch Air/De Bary anticipeerde douane-expediteur Dutch Air op deze regel, door op de door hem ingeklaarde zaken beslag te leggen onder De Bary, aan wie zijn opdrachtgever Adventure Sports deze zaken inmiddels tot zekerheid in eigendom had overgedragen. Door zich rechtstreeks tot zekerheidseigenaar De Bary te wenden, trachtte Dutch Air geheel buiten het faillissement van Adventure Sports te worden voldaan, zonder te moeten wachten op de uitdelingslijst en zonder de omslag van de algemene faillissementskosten te moeten gedogen. De Hoge Raad meende echter dat een dergelijk verhaal buiten het faillissement van de schuldenaar om, niet past in het stelsel van de Faillissementswet en overweegt (r.o. 3.3.):

"(...) dat alle schuldeisers - met uitzondering van hen die hun recht kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement was - op het vermogen van de schuldenaar slechts verhaal kunnen zoeken door hun vorderingen ter verificatie aan te melden bij de curator, met als gevolg dat zij moeten wachten tot de uitdelingslijst verbindend is geworden, en moeten bijdragen in de omslag van de algemene faillissementskosten.

36 De Algemene wet inzake de douane en de accijnzen (AWDA) kreeg in 1992 als nieuwe citeertitel 'Wet inzake de douane' (WD). Laatstgenoemde wet is ingevolge art. LIV van de Invoeringswet Douanewet ingetrokken. Het voorrecht van de douane-expediteur is thans geregeld in art. 32a Douanewet (DW; wet van 2 november 1995, Stb. 553, in werking getreden op 1 juni 1996).

Dit uitgangspunt geldt ook voor schuldeisers aan wie, zoals aan Dutch Air, een voorrecht is toegekend."

De Hoge Raad zegt hiermee uitsluitend dat Dutch Air niet, gelijk een separatist of een zekerheidseigenaar, kan handelen alsof er geen faillissement was. Dat zij de omslag van de algemene faillissementskosten moet gedogen is daarvan de logische consequentie. Over de wijze waarop deze omslag moet worden gerealiseerd zegt de Hoge Raad niets. Wel moet worden toegegeven dat de overweging niet erg duidelijk is geformuleerd. De Hoge Raad gebruikt het woord 'bijdragen' zonder verder toe te lichten wat daaronder moet worden verstaan³⁷. Polak meent dat 'bijdragen' betekent, dat ook een preferente schuldeiser altijd daadwerkelijk aan de voldoening der algemene faillissementskosten moet meebetalen, hetgeen kan worden bereikt door het omslagpercentage op zijn uitkering in mindering te brengen. Ik meen echter dat de Hoge Raad hiermee slechts bedoeld heeft te zeggen dat alle schuldeisers die niet buiten het faillissement staan, de omslag van de algemene faillissementskosten tegen zich moeten laten gelden, in die zin dat zij zich pas op een opbrengst kunnen verhalen nadat daarvan eerst een evenredig deel van de algemene faillissementskosten is afgetrokken. Met andere woorden: ook de preferente schuldeisers moeten gedogen dat van de bate(n) waarop zij zich bij voorrang kunnen verhalen, een gedeelte als bijdrage in de algemene faillissementskosten wordt ingehouden. Uit de (netto-)opbrengst die vervolgens resteert, kunnen zij zo mogelijk geheel worden voldaan.

Overigens zal mijn opvatting, dat moet worden omgeslagen over de baten en niet over de uitkeringen, voor Dutch Air geen verschil hebben gemaakt voor de vraag, welk bedrag aan haar kon worden uitgekeerd. Dit heeft te maken met het feit, dat De Bary als zekerheidseigenaar wel buiten het faillissement bleef en daarbij slechts het voorrecht van Dutch Air moest respecteren. Dit betekende dat De Bary een bedrag ten belope van de vordering van Dutch Air moest afstaan, niet rechtstreeks aan Dutch Air zelf,

37 Dezelfde terminologie gebruikt de Hoge Raad in zijn arrest van 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q.q./Credit Lyonnais). In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat een pandhouder, wiens pandrecht verloren is gegaan door inning van de verpande vordering door de curator, zijn recht van voorrang op het geïnde behoudt. De consequenties zijn volgens de Hoge Raad dat hij moet wachten op de uitdelingslijst en "(...) hij draagt op voet van art. 182 F. bij in de algemene faillissementskosten (...)".

maar aan de curator. Aldus was een opbrengst in de boedel betrokken waarop Dutch Air zich met voorrang kon verhalen en welke in omvang gelijk was aan haar vordering. Ook in het systeem van omslag over de baten zal Dutch Air dus niet méér ontvangen hebben dan een bedrag gelijk aan haar vordering minus de omslag. In dit opzicht is de positie van Dutch Air dezelfde als onder het huidige recht die van een schuldeiser met een hoger voorrecht dan een paraat executerende separatist. In dat geval bepaalt art. 57 lid 3 Fw dat de curator bij de verdeling van de opbrengst de belangen moet behartigen van de hoger bevoorrechte schuldeiser. Dit betekent dat de curator van de gesepareerde opbrengst een bedrag in de boedel moet betrekken ten belope van de hoger bevoorrechte vordering. Na de omslag die volgens het laatste zinsdeel van art. 182 lid 1 Fw over dit gedeelte van de opbrengst moet plaatsvinden, zal voor de hoger bevoorrechte schuldeiser een bedrag resteren dat gelijk is aan zijn vordering minus het omslagpercentage³⁸. Ten onrechte wordt hieruit wel eens geconcludeerd, dat de omslag over de ex art. 57 lid 3 Fw geïnde gelden een omslag over de uitkering is en derhalve een uitzondering vormt op het uitgangspunt dat moet worden omgeslagen over de baten. Men verliest dan uit het oog dat het bedrag dat de curator op grond van art. 57 lid 3 Fw in de boedel trekt, een (deel van een) executieopbrengst is en derhalve evenzeer een opbrengst. Er is alleen een grens aan deze opbrengst verbonden: zij kan niet hoger zijn dan de vordering van de hoger bevoorrechte schuldeiser. Er is dus sprake van een activum dat gelijk is aan een passivum.

Op grond van het voorgaande luidt de conclusie dat er geen enkele reden is om de huidige wijze van omslaan te wijzigen. Het is dan ook terecht dat diverse Arrondissementsrechtbanken, die hun richtlijnen in faillissement na de genoemde publicatie van Polak overeenkomstig haar zienswijze hadden aangepast, hier weer op terug zijn gekomen en nu dus weer op de vertrouwde wijze omslaan.

3.4 Is het systeem van de omslag over de baten onbillijk?

Met de conclusie dat de huidige praktijk van omslaan over de baten juist is, dat wil zeggen overeenkomstig het positieve recht, is nog geen ant-

38 In paragraaf 4.4 zal dit nader worden toegelicht.

woord gegeven op de vraag, of dit systeem billijk is. In situaties waarin het actief, na aftrek van de algemene faillissementskosten, hoger is dan de preferente vorderingen, worden de preferente schuldeisers geheel voldaan. De algemene faillissementskosten komen dan geheel ten laste van de concurrente schuldeisers. Polak acht dit onbillijk omdat, zo is haar redenering, de curator ten bate van alle en niet alleen ten bate van de concurrente schuldeisers werkt, zodat hij ook door alle schuldeisers moet worden betaald³⁹. Van deze opvatting heeft ook Marx blijk gegeven tijdens de jaarlijkse vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging in 1935. Marx betoogde:

"(...) het gevolg der bepaling (art. 182 Fw, GABJ) is, dat weliswaar de preferente crediteur, wiens verhaalsobject niet voldoende opbrengt voor zijn vordering plus het kostenaandeel, niet geheel bevredigd wordt, maar dat daartegenover staat dat degeen, wiens verhaalsobject wel toereikend is ter dekking van vordering en kostenaandeel, 100 pct. krijgt en deze de kosten niet voelt, ten nadeele alweer van de minder bevoorrechte crediteuren. Daar de algemeene werkzaamheden van den curator toch ook ten behoeve van de preferente crediteuren geschieden, en zelfs te hunnen voordeele méér dan voor de anderen, immers met méér succes, voel ik dit als zeer onbillijk. (...) Ik zou dus wenschen, dat iure constituendo werd bepaald, dat de kosten worden omgeslagen naar gelang de crediteuren bevrediging uit den boedel ontvangen."⁴⁰

Marx bepleitte dus op dezelfde billijkheidsgronden eenzelfde systeem van omslag als Polak, namelijk een omslag over de uitkeringen. Anders dan Polak, ging Marx er - terecht - van uit dat de tekst van art. 182 Fw een dergelijke wijze van omslaan niet toestaat, zodat hij een wetswijziging voorstelde. Het initiatief van Marx onderging echter hetzelfde lot als een soortgelijk voorstel van Bles, dat in 1899 al geen gehoor had gevonden⁴¹. Met op één na algemene stemmen stemde de vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging tegen het voorstel van Marx en derhalve voor het behoud van art. 182 Fw⁴². Dat is mijns inziens terecht. Ik acht het systeem van

39 C.E. Polak, Omslag in de omslag!(?) van algemene faillissementskosten, NJB 1994, blz. 156.

40 A.J. Marx, Handelingen NJV 1935, blz. 47-48.

41 In W. 7224 (1899) bepleitte A.E. Bles op grond van dezelfde motieven als Polak en Marx een wijziging van art. 182 Fw. Het artikel zou volgens Bles moeten luiden: "De algemeene faillissementskosten worden omgeslagen over het bedrag dat voor iedere door pand of hypotheek gedekte, of bevoorrechte vordering beschikbaar is en over het overige gedeelte der baten, met uitzondering van.. enz."

42 Handelingen NJV 1935, blz. 84. Zie ook het antwoord van preadviseur P.H. Smits op het voorstel van Marx (blz. 61-63).

omslag dat in art. 182 Fw ligt besloten, geenszins onbillijk. Het resultaat, dat de algemene faillissementskosten in sommige gevallen geheel ten laste komen van de concurrente schuldeisers, is een logisch gevolg van het reeds genoemde uitgangspunt van de artt. 3:277 e.v. BW, dat bij verdeling van de netto-opbrengst de wettelijke regeling van rangorde moet worden toegepast. In die regeling, waarin de wetgever ook op billijkheidsgronden afwegingen heeft gemaakt, komen de concurrenten nu eenmaal als laatste aan bod.

Polak besluit haar naschrift in het NJB met de volgende overweging:

"Waarom zou een (bevoorrechte) schuldeiser die buiten faillissement executeert wel de kosten van executie dienen te dragen, en een (bevoorrechte) schuldeiser die zich via een algemene executie verhaalt geen (aandeel in de algemene faillissements)kosten dienen te betalen? De curator is toch geen incassobureau ten behoeve van de preferenten en ten laste van de concurrenten?"⁴³

Polak vergelijkt hier de algemene faillissementskosten met de executiekosten die zijn gemaakt bij een executie door een individuele schuldeiser buiten faillissement. Deze vergelijking gaat echter niet op. De algemene faillissementskosten zijn kosten die voortvloeien uit het faillissement als een vorm van vereffening van een vermogen in zijn geheel, ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers⁴⁴. Deels zijn het kosten die buiten een vereffeningssituatie niet voorkomen, zoals bijvoorbeeld de griffiekosten, advertentiekosten en het salaris en de verschotten van de curator. Deels zijn het ook kosten die even goed buiten een vereffeningssituatie kunnen voorkomen, zoals bijvoorbeeld de loonverplichtingen jegens werknemers, proceskosten en de kosten van een eventuele bedrijfsvoortzetting, maar dan worden ze niet als executiekosten aangemerkt. De kosten die buiten faillissement als kosten van executie op een bepaalde opbrengst in mindering moeten worden gebracht, alvorens een schuldeiser zich daaruit kan voldoen, worden in faillissement op gelijke wijze uit een dergelijke opbrengst voldaan. Dat zijn de bijzondere faillissementskosten⁴⁵. Bovendien geldt ook buiten faillissement dat een schuldeiser zijn vordering integraal krijgt voldaan, wanneer de netto-opbrengst, dat is dus de bruto-opbrengst minus de executiekosten, hoger is dan zijn vordering. Zijn er buiten faillissement ver-

43 C.E. Polak, NJB 1994, blz. 622.

44 Zie paragraaf 2.2.4.

45 Zie paragraaf 2.2.5.

schillende schuldeisers die zich tegelijkertijd op eenzelfde vermogensbestanddeel van de schuldenaar verhalen, bijvoorbeeld door cumulatief beslag, dan komen de executiekosten ook ten laste van de schuldeiser die als laagst gerangschikte (gedeeltelijk) kan worden voldaan.

De huidige wijze van omslaan is dus niet onbillijk. Daarentegen leidt de wijze van omslaan zoals bepleit door Bles, Marx en Polak tot onbillijkheden. Zo vraag ik mij af wat er in hun visie gebeurt met het gedeelte van een algemeen preferente vordering dat onvoldaan blijft, omdat aan de preferente schuldeiser niet méér wordt uitgekeerd dan zijn vordering minus een omslagpercentage. Kan de preferente schuldeiser voor deze restantvordering als concurrente schuldeiser opkomen? Polak lijkt daar in haar rekenvoorbeeld (zie voorbeeld 5) niet van uit te gaan. Zouden de algemeen preferente schuldeisers voor het bedrag van 50, waarvoor zij niet zijn voldaan op grond van hun preferentie, meedelen in het actief dat resteert voor de concurrente schuldeisers, dan zou, in de oplossing van Polak, het uitkeeringspercentage voor de concurrente schuldeisers niet 30% ($300/1.000$), maar circa 28,6% ($300/1050$) bedragen. Wat is er in haar voorbeeld dan wel gebeurd met het onvoldaan gebleven gedeelte van de vorderingen van de algemeen preferente schuldeisers? Is dit door het in mindering brengen van het omslagpercentage tenietgegaan? Een dergelijke wijze van tenietgaan van vorderingen is geheel vreemd aan ons rechtstelsel⁴⁶. Bovendien is mij niet duidelijk hoe deze uitkomst is te verenigen met het bepaalde in art. 195 Fw, dat schuldeisers door het verbindend worden van de uitdelingslijst de verhaalsrechten voor hun onvoldane vorderingen op de goederen van de schuldenaar herkrijgen⁴⁷.

46 Verbintenissen gaan in ons rechtstelsel onder meer teniet door betaling, verrekening (artt 6 127 e v BW en de artt 53 en 54 Fw), afstand (art 6 160 BW), vermeniging (art 6 161 BW), het in werking treden van een ontbindende voorwaarde (artt 6 21 e v. BW) en de vernietiging van een overeenkomst waaruit de verbintenis voortvloeit. Vgl Asser-Hartkamp 4-I, nrs. 44-46.

47 Het merkwaardige vonnis van de Rechtbank Arnhem van 5 juni 1902, W 7780 (1902) illustreert deze problemen. In deze zaak kwam een tweede hypotheekhouder, die de omslag van de algemene faillissementskosten tegen zich moest laten gelden, in verzet tegen de uitdelingslijst. Hij verzette zich tegen het feit dat de curator hem niet wilde toelaten als concurrente crediteur voor zover hij vanwege de omslag, die blijkt de in het vonnis voorkomende becijfering over zijn preferente vordering had plaatsgevonden, onvoldaan was gebleven. De Rechtbank verwierp echter dit bezwaar op grond van de overweging dat "de bedoeling van den wetgever zou worden vernijdeld als aan den preferenten crediteur ten koste der concurrente creditoren een gedeelte werd teruggegeven van hetgeen volgens

Bij omslag over de baten zal het bovengenoemde probleem zich niet voordoen, omdat in dat systeem nooit enig actief resteert voor de concurrente schuldeisers, zolang niet alle algemeen preferente schuldeisers volledig zijn voldaan. Wanneer in dat systeem het netto-actief, dat is dus het actief minus de algemene faillissementskosten, niet toereikend is om zelfs de algemeen preferente schuldeisers integraal te betalen, gaat het onvoldane gedeelte van de preferente vorderingen niet teniet, maar biedt de failliete boedel gewoon geen verhaal meer. Ook ten aanzien van de bijzonder preferente schuldeisers levert het systeem van omslag over de baten geen problemen op. Wanneer het activum waarop een bijzonder voorrecht rust, na aftrek van het omslagpercentage, niet toereikend is om de bijzonder preferente schuldeiser integraal te voldoen, kan deze voor zijn restantvordering opkomen bij de verdeling van het actief dat eventueel voor de concurrenten beschikbaar is.

het imperatief voorschrift van art. 182 te recht op zijne vordering is gekort". Het moge duidelijk zijn dat ik van mening ben dat de vordering van de tweede hypotheekhouder ten onrechte was 'gekort'. Het omslagpercentage had in mindering moeten worden gebracht op de *opbrengst* waarop hij zich wilde verhalen: de opbrengst van het verhypothekerde goed die resteerde nadat de eerste hypotheekhouder als separatist geheel was voldaan. In dat geval zou buiten twijfel zijn geweest dat, wanneer de opbrengst minus het omslagpercentage ontoereikend zou zijn geweest om de tweede hypotheekhouder geheel te voldoen, deze voor het restant van zijn vordering als concurrente schuldeiser had mogen opkomen. Zie ook het commentaar van Seerp Gratama op dit vonnis in W. 7824 (1902).

GOEDERENRECHTELIJK GERECHTIGDEN DIE BUITEN DE OMSLAG BLIJVEN

4.1 Separatisten

4.1.1 *De pand- en hypotheekhouder*

In hoofdstuk 3 heb ik geconstateerd dat de omslag van de algemene faillissementskosten moet plaatsvinden over de baten van de boedel. Een schuldeiser kan dan ook slechts nadeel van de omslag ondervinden wanneer hij een uitkering uit de boedel wil ontvangen. Als regel geldt, dat een schuldeiser daartoe zijn vordering bij de curator ter verificatie moet indienen en voor een eventuele uitkering moet wachten op het verbindend worden van de uitdelingslijst. Er zijn echter schuldeisers die zich op onderdelen van de boedel kunnen verhalen, zonder dat zij hun vordering ter verificatie moeten indienen. Dit geldt in de eerste plaats voor de schuldeisers die een pand- of hypotheekrecht hebben bedongen. Aan deze schuldeisers is het recht van parate executie toegekend (art. 3:248 BW resp. art. 3:268 BW). Art. 57 lid 1 Fw bepaalt dat zij dit recht kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement was¹. Zij zijn 'separatist'. Ik zal deze term uitsluitend gebruiken ter aanduiding van de schuldeiser die op grond van art. 57 lid 1 Fw gebruik maakt van zijn bevoegdheid om een tot de boedel behorend goed paraat te executeren 'alsof er geen faillissement was'. Behalve de pand- en hypotheekhouder kan ook de retentor als separatist optreden in het uitzonderingsgeval waarin hij op grond van art. 60 lid 3 Fw jo art. 57 lid 1 Fw bevoegd is tot parate executie van de zaak waarop zijn retentierecht rust. Geen separatist in bovenbedoelde zin zijn diegenen die eveneens buiten

1 Hierop gelden twee uitzonderingen. De Rechter-Commissaris kan krachtens art. 63a Fw een afkoelingsperiode afkondigen van maximaal één maand, eventueel te verlengen met ten hoogste één maand. Binnen deze afkoelingsperiode kan het recht van parate executie niet worden uitgeoefend. Daarnaast kan de curator parate executie voorkomen door gebruik te maken van zijn bevoegdheid om het bezwaarde goed te lossen tegen voldoening van de vordering waarvoor het pand- of hypotheekrecht tot zekerheid strekt (art. 58 lid 2 Fw).

het faillissement blijven, echter niet op grond van art. 57 lid 1 Fw, maar omdat zij zich kunnen beroepen op een eigendomsrecht op een goed dat de gefailleerde onder zich heeft, dan wel op een uit het eigendomsrecht van de gefailleerde afgeleid beperkt gebruiksrecht.

Uit het feit dat de separatist buiten het faillissement tot parate executie kan overgaan, waardoor het aan hem toekomende gedeelte van de netto-opbrengst² niet in de failliete boedel valt, vloeit logischerwijs voort dat hierover geen algemene faillissementskosten worden omgeslagen. In art. 182 Fw is dit voor alle duidelijkheid nog eens vastgelegd. Een eventueel overschot dat na voldoening van de pand- of hypotheekhouder resteert, en volgens art. 3:251 lid 1 BW resp. art. 3:270 lid 2 BW aan de curator moet worden afgestaan, is uiteraard wel voor de omslag van de algemene faillissementskosten beschikbaar.

De curator kan op grond van art. 58 lid 1 Fw een redelijke termijn stellen waarbinnen de pand- of hypotheekhouder van het recht van parate executie gebruik moet maken. Laat de pand- of hypotheekhouder deze termijn ongebruikt verstrijken, dan kan de curator het bezwaarde goed zelf verkopen. In dat geval komt de gehele opbrengst in de boedel terecht. De pand- of hypotheekhouder is dan geen separatist; hij kan dan slechts een uitkering ontvangen via de uitdelingslijst nadat hij zijn vordering ter verificatie heeft aangemeld. Hij verliest niet zijn recht van voorrang op de door de curator gerealiseerde opbrengst, maar moet nu wel gedogen dat over die opbrengst een evenredig deel van de algemene faillissementskosten wordt omgeslagen.

Een schuldeiser wiens vordering verzekerd is met een stil pandrecht op een vordering, kan zijn positie als separatist verliezen wanneer hij zijn pandrecht niet tijdig ex art. 3:239 lid 3 BW aan de debiteur van de verpande vordering bekendmaakt. Zolang deze mededeling niet is gedaan blijft de pandgever, en in diens faillissement de curator, volgens art. 3:246 lid 1 BW bevoegd deze vordering te innen. Wanneer de curator de verpande vordering int, gaat het pandrecht als een daarop rustend beperkt recht teniet (art. 3:81 lid 2 onder a BW). Uitgebreid is in de literatuur gediscussieerd over de

2 De netto-opbrengst is hetgeen van de opbrengst resteert na voldoening van de executiekosten; zie de artt. 3:253 lid 1 BW (pand) en 3:270 lid 1 BW (hypotheek).

vraag, wat in een dergelijke situatie de positie van de (voormalig) pandhouder is. In HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder q.q./Credit Lyonnais Bank) heeft de Hoge Raad de knoop doorgehakt. Kort weergegeven luidde het oordeel van de Hoge Raad, voor zover hier van belang, dat het pandrecht weliswaar teniet is gegaan, maar dat de pandhouder zijn recht van voorrang op het geïnde behoudt. Geheel in de lijn van het voorgaande betekent dit, dat de pandhouder in een dergelijk geval de omslag van de algemene faillissementskosten over het door de curator geïnde bedrag tegen zich moet laten gelden.

Uit het voorgaande blijkt dat het in het kader van de omslag van de algemene faillissementskosten van groot belang is, of een pand- of hypotheekhouder gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid ex art. 57 lid 1 Fw om over te gaan tot parate executie 'alsof er geen faillissement was'. De wettelijke hoofdregel is dat deze executie geschiedt door middel van openbare verkoop; zie voor de pandhouder art. 3:250 lid 1 BW en voor de hypotheekhouder art. 3:268 lid 1 BW. Vaak is onderhandse verkoop echter aantrekkelijker, aangezien een dergelijke verkoop in de praktijk dikwijls meer oplevert. Zowel de pand- als de hypotheekhouder kunnen daartoe overgaan, wanneer zij over een machtiging van de President van de Rechtbank beschikken (3:251 lid 1 resp. 3:268 lid 2 BW). Onderhandse verkoop door de pandhouder is ook mogelijk indien hij daarvoor toestemming heeft gekregen van de pandgever (art. 3:251 lid 2 BW); in geval van faillissement van de pandgever zal deze toestemming moeten worden gegeven door de curator.

4.1.2 *Onderhandse verkoop door de curator*

Een hypotheekhouder kan ingevolge art. 3:268 lid 2 BW slechts onderhands paraat executeren wanneer hij beschikt over een machtiging van de President van de Rechtbank. De wet biedt deze mogelijkheid pas sinds de invoering van het huidige BW op 1 januari 1992. Onder het oude recht was onderhandse parate executie door de hypotheekhouder niet mogelijk. Om toch de hogere opbrengst te realiseren die onderhandse verkoop meestal oplevert, kwamen de curator en de hypotheekhouder vaak overeen dat het verhypothekerde goed onderhands door de *curator* werd verkocht. De noodzaak daartoe is onder het huidige recht geringer, nu de hypotheekhouder op grond van art. 3:268 lid 2 BW zelf tot onderhandse verkoop kan overgaan. Van deze mogelijkheid wordt in de praktijk regelmatig gebruik

gemaakt³. Aan de procedure die moet worden doorlopen om de vereiste goedkeuring van de President van de Rechtbank te verkrijgen, zijn echter enkele nadelen verbonden. Zij is aan formaliteiten onderhevig, kan enige tijd in beslag nemen en brengt relatief hoge kosten met zich mee⁴. Mede daarom komt het onder het huidige recht nog regelmatig voor dat de curator verhuypotheekte goederen onderhands verkoopt⁵. De hypotheekhouder pleegt daaraan de voorwaarde te verbinden dat hij zijn vordering direct na de verkoop uit de opbrengst krijgt voldaan, zonder te moeten wachten op de uitdelingslijst en zonder te moeten bijdragen in de omslag van de algemene faillissementskosten. Wel is gebruikelijk dat de hypotheekhouder voor de inspanningen van de curator een bijdrage aan de boedel betaalt. Men kan zich afvragen op grond waarvan de curator bevoegd is een dergelijke overeenkomst aan te gaan.

Vooropgesteld moet worden dat het de curator is die bij deze constructie als verkoper optreedt, niet de hypotheekhouder. Zo kan men niet stellen dat de curator zijn bevoegdheid tot onderhandse verkoop ontleent aan een door de hypotheekhouder verleende volmacht. Een hypotheekhouder kan immers niet zonder machtiging van de President onderhands paraat verkopen en kan dus ook niet de curator met een dergelijke bevoegdheid machtigen⁶. De curator die met instemming van de hypotheekhou-

3 Dit blijkt ondermeer uit het praktijkonderzoek van M J W van Ingen en A W Jongbloed, *De onderhandse hypotheecaire executie in de praktijk*, WPNR 6125-6126 (1994), blz 135-139 en 155-159. Uit cijfers over het introductiejaar 1992, verstrekt door verschillende hypotheecaire financiers, bleek het gebruik van de mogelijkheid van onderhandse executie ex art 3 268 lid 2 BW uiteen te lopen van ongeveer 3% tot 55% van alle executies van onroerende zaken. Zie ook Asser-Mijnssen, *Zakenrecht III*, nr 300 en de daar vermelde literatuurverwijzingen.

4 Ook dit blijkt uit het onderzoek van Van Ingen en Jongbloed, a. w.

5 Zie ook N J Polak/C E Polak, blz 124. Anders Verschoof, blz 29-30, die (voorbarig) heeft geconcludeerd dat het nieuwe tweede lid van art 3 268 BW het einde zou betekenen van de praktijk van onderhandse verkoop door de curator.

6 Andersom kan de curator wel aan de hypotheekhouder een volmacht geven om namens hem onderhands te verkopen. Verkoper is ook dan niet de hypotheekhouder maar de curator. De hypotheekhouder handelt dan immers als gevolmachtigde van de curator en oefent in wezen de rechten van de curator uit als vereffenaar van de boedel. Aldus ook B Wachter in zijn noot onder HR 1 september 1978, NJ 1980, 345 en W C L Van der Grinten in zijn noot onder HR 28 juni 1985, NJ 1985, 887 (Van Lier q q /NMB). A van Oven ('alsof er geen faillissement ware', NJB 1983, blz 340-342) heeft zelfs betoogd dat de hypotheekhouder bevoegd zou zijn op grond van een machtiging van de gefailleerde hypotheekgever, doch buiten de curator om, over te gaan tot onderhandse verkoop van de

der tot onderhandse verkoop van het verhypothekerde goed overgaat, doet dit in het kader van de uitoefening van zijn taak van beheerder en vereffenaar van de boedel (art. 68 Fw). In deze taak ligt de bevoegdheid besloten om goederen die tot de boedel behoren te verkopen. In de artt. 101 en 176 Fw is deze bevoegdheid nader uitgewerkt⁷.

De onderhandse verkoop door de curator berust derhalve niet op art. 57 lid 1 Fw en kan daarmee ook niet gelijkgesteld worden. De hypotheekhouder blijft dan ook niet buiten de omslag op grond van het wettelijke systeem van de artt. 57 en 182 Fw. Hij zal echter niet bereid zijn aan de onderhandse verkoop mee te werken, wanneer dat zou betekenen dat hij de opbrengst, verminderd met een omslagpercentage voor de algemene faillissementskosten, via de uitdelingslijst krijgt uitgekeerd. In zijn beschikking van 1 september 1978, NJ 1980, 345 m.nt. BW lost de Hoge Raad dit probleem als volgt op:

"dat het samenstel van de bij de onderhavige overeenkomst door de curator jegens de Nationale Nederlanden N.V. (de hypotheekhouder, GAJB) op zich genomen

verhypothekerde onroerende goederen. Hij leidt dit af uit de zinsnede van art. 57 lid 1 Fw, dat de hypotheekhouder kan handelen 'alsof er geen faillissement was'. Terecht is deze opvatting door verschillende schrijvers verworpen, onder andere met een beroep op art. 23 Fw. Men zie de reacties op het genoemde artikel van A. van Oven van A.R.Ph. Boddaert, H.E. Wierda en J.R. Voûte in NJB 1983, blz. 665-667 en K.F.M. Berger, *Onderhandse verkoop door hypotheekhouder*, WPNR 5665 (1983), blz. 565-569.

- 7 Vanaf het moment dat de boedel in staat van insolventie verkeert (vgl. art. 173 Fw) kan de curator het verhypothekerde goed - na verkregen toestemming van de Rechter-Commissaris - zonder meer op grond van art. 176 Fw onderhands verkopen. Wil de curator het verhypothekerde goed onderhands verkopen voordat de boedel voormelde status heeft bereikt, dan kan dit volgens art. 101 Fw slechts indien en voor zover de vervreemding noodzakelijk is ter bestrijding van de kosten van het faillissement, of wanneer het goed niet dan met nadeel voor de boedel bewaard kan blijven. Deze voorwaarden (die de strekking hebben de boedel vóór de insolventie intact te laten; vgl. MvT, Van der Feltz, II, blz. 63-64) worden in de praktijk niet al te streng uitgelegd. Men zie de ruime uitleg van art. 101 Fw in HR 27 augustus 1937, NJ 1938, 9. De curator gaat meestal in een vroeg stadium tot vereffening over en de staat van insolventie wordt in veel faillissementen in het geheel niet bereikt. Ook in het geval waarin de curator een verhypothekerde goed met instemming van de hypotheekhouder onderhands verkoopt, zal art. 101 Fw niet snel een blokkade opwerpen. Het gaat hier immers om een goed dat in elk geval zal worden vervreemd, zo niet door de curator dan wel door parate executie door de hypotheekhouder zelf. Bovendien is onderhandse verkoop door de curator doorgaans in het belang van de boedel, zoals ik hierna nog zal toelichten.

verplichtingen is te beschouwen als een aan deze N.V. door de curator gedane toezegging het onderwerpelijke onroerend goed te bevrijden door voldoening van het daarop verschuldigde met de interesten en kosten; dat de curator tot zodanig handelen bevoegd was ingevolge het bepaalde in art. 58 lid 2 Fw; dat derhalve (...) de stelling dat de curator door bedoelde verplichtingen op zich te nemen in strijd met de wet heeft gehandeld, faalt."

De Hoge Raad kwalificeert de overeenkomst tussen de curator en de hypotheekhouder dus als een op de voet van art. 58 lid 2 Fw getroffen regeling⁸. Deze constructie doet mij enigszins gekunsteld aan⁹. Hoe moet men dit verstaan? Als een toezegging van de curator het goed na onderhandse verkoop te bevrijden van het daarop rustende hypotheekrecht met uit de verkoop verkregen gelden? Dat is niet wat doorgaans onder 'lossen' in de zin van art. 58 lid 2 Fw wordt verstaan. Ik zou daaronder slechts willen begrijpen het geval, waarin de curator een door pand- of hypotheekrecht gedekte vordering voldoet uit ander dan uit de verkoop van het betreffende goed verkregen actief, teneinde het daarop rustende pand- of hypotheekrecht te doen vervallen en zodoende het goed onbezwaard in de boedel te betrekken.

De ruime uitleg van art. 58 lid 2 Fw door de Hoge Raad berust kennelijk op de gedachte, dat aan de overeenkomst tussen de curator en de hypotheekhouder een wettelijke bepaling ten grondslag moet liggen. Dat is echter niet noodzakelijk. Het is logischer om de mogelijkheid tot het aangaan van een dergelijke overeenkomst te verklaren vanuit de positie die de curator als vereffenaar van het failliete vermogen inneemt. Hij zal deze vereffening in het belang van alle schuldeisers zo gunstig mogelijk moeten laten verlopen. In deze belangenafweging moet hij zowel het belang van de boedel als het specifieke belang van de hypotheekhouder verdisconteren. Wanneer de curator de belangen van de schuldeisers beter kan dienen door af te wijken van de algemene wettelijke regeling omtrent het te gelde maken van vermogensbestanddelen van de gefailleerde, dient hij mijns inziens

8 Ook in latere arresten heeft de Hoge Raad consequent van deze opvatting blijk gegeven. Men zie HR 28 juni 1985, NJ 1985, 887 m.nt. G (Van Lier q.q./NMB); HR 13 maart 1987, NJ 1988, 556 m.nt. WMK (Ontvanger/Spruijt q.q.) en HR 3 december 1993, NJ 1994, 176 (Glebbeek/Dijkstra q.q.).

9 Zo ook N.E.D. Faber, Bodem(voor)recht versus stil pandrecht, NbBW 1997, blz. 14-15.

een zekere beleidsvrijheid te hebben¹⁰. Onderhandse verkoop van een verhuypothekerd goed door de curator is doorgaans in het belang van de schuldeisers, omdat daarmee op snelle en eenvoudige wijze veelal een hogere opbrengst kan worden gerealiseerd dan in geval van openbare verkoop door de hypotheekhouder. Is de door het hypotheekrecht gedekte vordering hoger dan de te verwachten opbrengst bij openbare verkoop, dan heeft niet alleen de hypotheekhouder baat bij de hogere opbrengst die met onderhandse verkoop kan worden gerealiseerd, maar is er tevens het voordeel voor de boedel dat de hypotheekhouder een lager restant als concurrente vordering in het faillissement ter verificatie zal indienen. Wanneer de door het hypotheekrecht gedekte vordering lager is dan de te verwachten opbrengst bij openbare verkoop, zal bij een onderhandse verkoop een hoger surplus in de boedel vloeien. Onderhandse verkoop door de curator is dus ook - vaak vooral - in het belang van de boedel. De curator mag - moet wellicht - dit belang dienen¹¹. Nu dit slechts kan door de hypotheekhouder buiten de omslag te houden heeft de curator mijns inziens de beleidsvrijheid deze toezegging te doen, ondanks het feit dat dit op gespannen voet staat met het systeem van art. 57 en art. 182 Fw¹². Bij de invulling van deze beleidsvrijheid wordt het handelen van de curator getoetst door de Rechter-Commissaris, wiens goedkeuring bij onderhandse verkoop ex (art. 101 jo) art. 167 Fw nodig is¹³. Tegen de goedkeuring van de Rechter-Commissaris staat geen beroep open (art. 67 lid 2 Fw), maar een schuldeiser die zich door de onderhandse verkoop benadeeld voelt kan hiertegen opkomen op grond van art. 69 Fw en langs die weg, conform art. 67 lid 1 Fw, de gehele transactie aan het oordeel van de Rechtbank onderwerpen.

-
- 10 Zie over de beleidsvrijheid van de curator om in het belang van de boedel af te wijken van de wettelijke regeling HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640 m nt. CJHB (Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q q); HR 12 mei 1989, NJ 1989, 613 (Reco/Staat) en HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368 m.nt. HJS (INB/Mrs. Klutzow en Trijze-laar). Zie voorts paragraaf 5.3.4.1.
- 11 Vgl. HR 8 april 1983, NJ 1984, 434 m nt. BW (Van Gend en Loos/Lips q.q.).
- 12 In gelijke zin lees ik A-G Van Oosten in zijn conclusie voor HR 1 september 1978, NJ 1980, 345 m.nt. BW
- 13 Het ontbreken van de vereiste toestemming van de Rechter-Commissaris tast overigens niet de rechtsgeldigheid aan van de koopovereenkomst die de curator met een derde sluit, maar heeft 'slechts' tot gevolg dat de curator voor zijn eigen-zinnige handelen aansprakelijk is jegens de gefailleerde en de schuldeisers (art. 72 Fw)

Wanneer de curator tot onderhandse verkoop wil overgaan van een zaak waarop meer dan één recht van hypotheek is gevestigd, zal hij in beginsel met alle hypotheekhouders overeenstemming moeten bereiken. Lukt het de curator slechts een regeling te treffen met de eerste hypotheekhouder, doch is de tweede (of lagere) hypotheekhouder bijvoorbeeld niet bereid de door de curator gewenste boedelbijdrage te betalen, dan kan laatstgenoemde de overeenkomst tussen de curator en de eerste hypotheekhouder frustreren door zelf ex art. 3:268 BW jo art. 57 lid 1 Fw tot parate executie over te gaan¹⁴. De eerste hypotheekhouder kan de door de tweede hypotheekhouder aangevangen executie overeenkomstig art. 544 lid 3 Rv overnemen, maar onderhandse verkoop door de curator is nu niet meer mogelijk. De curator kan een redelijke termijn stellen waarbinnen de tweede hypotheekhouder van zijn bevoegdheid van parate executie gebruik moet maken (art. 58 lid 1 Fw). Gaat de tweede hypotheekhouder binnen deze termijn niet tot parate executie over, dan kan de curator alsnog onderhands verkopen. Uit art. 188 Fw volgt dat alle hypotheekrechten, dus ook het tweede, tenietgaan door levering ingevolge de verkoop door de curator en de voldoening van de koopprijs. Ten opzichte van de eerste hypotheekhouder berust deze verkoop dan op de regeling die hij met de curator heeft getroffen, zodat deze zijn vordering direct en integraal uit de opbrengst voldaan krijgt en derhalve buiten de omslag blijft. Ten aanzien van de tweede hypotheekhouder berust de verkoop door de curator nu echter op art. 58 lid 1 Fw, zodat hij het hem toekomende ontvangt via de uitdelingslijst en zal moeten gedogen dat daarover een omslag van de algemene faillissementskosten plaatsvindt.

Het bovenstaande blijkt ook uit het arrest HR 3 december 1993, NJ 1994, 176 (Glebbeek/Dijkstra q.q.). In deze zaak had de curator met de eerste hypotheekhouder overeenstemming bereikt omtrent onderhandse verkoop door de curator en de boedelbijdrage die de eerste hypotheekhouder daar-

14 Onder het oude recht was dit anders, omdat toen slechts aan de eerste hypotheekhouder die het beding van art. 1223 BW (oud) had gemaakt de bevoegdheid van parate executie toekwam. Tweede en lagere hypotheekhouders hadden die bevoegdheid niet. Toch pleegde de curator ook jegens hen het aanbod te doen in te stemmen met de onderhandse verkoop, om zodoende direct uit de opbrengst het aan hen toekomende af te geven, tegen betaling van een boedelbijdrage. De curator moest immers ook de belangen van deze lagere hypothecaire schuldeisers in zijn afwegingen betrekken. In het huidige BW komt de bevoegdheid van parate executie aan alle hypotheekhouders toe (art. 3:268 lid 1 BW).

voor zou betalen. Deze afspraak werd door de Hoge Raad wederom gekwalificeerd als een op de voet van art. 58 lid 2 Fw getroffen regeling. In het arrest stond de vraag centraal of ook de tweede hypotheekhouder buiten de omslag moest blijven. Deze had door middel van een brief van zijn raadsman aan de curator laten weten dat hij weliswaar instemde met een zo spoedig mogelijke onderhandse verkoop door de curator, maar dat hij als separatist weigerde een boedelbijdrage te betalen. Door deze weigering was tussen de tweede hypotheekhouder en de curator geen overeenkomst tot stand gekomen. Omdat de tweede hypotheekhouder ook niet zelf was overgegaan tot parate executie op grond van art. 57 lid 1 Fw, moest de verkoop door de curator ten opzichte van hem geacht worden te berusten op art. 58 lid 1 Fw. Het stellen van een redelijke termijn kon de curator naar het oordeel van de Hoge Raad achterwege laten, nu de tweede hypotheekhouder - blijkens genoemde brief van zijn raadsman - zich bewust was van zijn positie als separatist, terwijl hij tegelijkertijd had ingestemd met - en zelfs aangedrongen op - de onderhandse verkoop door de curator. Indien de tweede hypotheekhouder niet met de onderhandse verkoop door de curator had ingestemd, was wel een termijnstelling noodzakelijk geweest. De consequentie van een en ander was in casu dat de tweede hypotheekhouder - anders dan de eerste hypotheekhouder - niet buiten het faillissement bleef, met als gevolg dat hij het hem toekomende ontving via de uitdelingslijst en derhalve de omslag van de algemene faillissementskosten moest gedogen. Dit arrest maant hypotheekhouders tot voorzichtigheid: wie instemt met onderhandse verkoop door de curator blijft slechts buiten de omslag, wanneer met de curator overeenstemming is bereikt over alle voorwaarden waaronder de verkoop plaatsvindt, waaronder met name de door de hypotheekhouder te leveren boedelbijdrage¹⁵.

15 Zie ook HR 28 juni 1985, NJ 1985, 887 m.nt. G (Van Lier q q./NMB) welk arrest eveneens een geval betrof waarin de curator omtrent onderhandse verkoop wel overeenstemming kon bereiken met de eerste hypotheekhouder, maar de tweede hypotheekhouder zich niet gehouden achtte de gevraagde boedelbijdrage te betalen. Ook hier oordeelde de Hoge Raad dat de tweede hypotheekhouder nu niet buiten het faillissement stond. Hij kon het aan hem toekomende gedeelte van de opbrengst slechts ontvangen via de uitdelingslijst nadat daarover een omslag van de algemene faillissementskosten had plaatsgevonden. Anders dan in het arrest Glebbeek/Dijkstra-arrest had de tweede hypotheekhouder dit niet kunnen voorkomen door zelf tot parate executie over te gaan, omdat de zaak zich onder het oude recht afspeelde waarin aan lagere hypotheekhouders nog niet het recht van parate executie was toegekend (zie vorige noot). Zie ook Pres. Rb Assen 9 september 1986, KG 1986, 443

Deze boedelbijdrage moet primair worden beschouwd als een vergoeding voor de inspanningen van de curator. Hij treedt als verkoper op en is veelal ook degene die - al dan niet met behulp van een derde, bijvoorbeeld een makelaar - verkopers tracht te vinden. In ruil voor zijn werkzaamheden pleegt de curator een percentage van de opbrengst als bijdrage aan de boedel te bedingen. Volgens De Liagre Böhl is de vraag naar de boedelbijdrage gestimuleerd door het veel voorkomende verschijnsel dat de curator bij zijn aantreden slechts aan goederenrechtelijk gerechtigden verbonden activa aantreft, waardoor zelfs zijn salaris niet is gedekt¹⁶. Maar ook wanneer dat niet het geval is, zou het onredelijk zijn wanneer de curator de vergoeding voor zijn inspanningen in het kader van de onderhandse verkoop op de boedel zou moeten verhalen. Als rechtvaardiging voor het bedingen van een boedelbijdrage wordt ook wel aangevoerd, dat ook de boedel moet profiteren van de extra opbrengst die met een onderhandse verkoop kan worden gerealiseerd¹⁷. Dit argument gaat niet helemaal op, omdat de boedel al profiteert van de hogere opbrengst die met de onderhandse verkoop doorgaans kan worden gerealiseerd. Wanneer die opbrengst niet toereikend is om de vordering van de hypotheekhouder geheel te voldoen, zal de hypotheekhouder een lagere concurrente vordering ter verificatie indienen. Wanneer de hypotheekhouder wel volledig uit de opbrengst kan worden voldaan, heeft niet zozeer de hypotheekhouder belang bij de onderhandse verkoop, maar juist de boedel omdat er een (hoger) surplus in de boedel vloeit. Een boedelbijdrage ligt dan minder voor de hand¹⁸.

In het verleden heeft de wens van de curator om een boedelbijdrage te ontvangen, regelmatig geleid tot een dispuut met de separatisten. Overleg op overkoepelend niveau heeft geleid tot de zogenaamde 'separatistenrege-

16 De Liagre Böhl, blz. 113. Zie ook A. Korthals Altes, Een driehoeksverhouding: rangregeling-hypotheekhouders-curator, WPNR 5596 (1982), blz. 97-102 (Naschrift WPNR 5611 (1982), blz. 373-374). Korthals Altes ziet de boedelbijdrage zelfs als 'extraatje' voor in andere faillissementen onvoldoende gehonoreerde curatoren (blz. 100).

17 Zie G.J.A.M. Molkenboer, Faillissement en onroerend goed in de praktijk, WPNR 5631 (1982), blz. 712; R.P.W. Frima, De boedelbijdrage en HR 8 april 1983, Trema 1984, blz. 99-102 en A. Korthals Altes, a.w. (WPNR 5596/5611), blz. 100 resp. 373-374.

18 Het gegeven dat onderhandse verkoop veelal in het voordeel is van de overige schuldeisers zou juist als argument tegen het heffen van een boedelbijdrage kunnen worden aangewend. Zo bijvoorbeeld Wachter in zijn noot onder HR 8 april 1983, NJ 1984, 434 m.nt. BW (Van Gend & Loos/Lips q.q.).

ling', die is vastgelegd in hoofdstuk 10 van de 'Richtlijnen in faillissementen en surséances van betaling'¹⁹. In die regeling worden richtlijnen gegeven voor de hoogte van de boedelbijdrage. Daarbij wordt rekening gehouden met de feitelijk door de curator verrichte werkzaamheden. Wanneer de medewerking van de curator niet verder gaat dan de formele verkoop-handeling en de hypotheekhouder de materiële verkoophandelingen verricht, is het volgens de separatistenregeling niettemin redelijk de boedel een bijdrage te geven; immers de curator zal toch nog de koopovereenkomst moeten beoordelen, evenals de prijs, de transportakte en/of taxatie-rapport(en), en overleg moeten voeren met de Rechter-Commissaris. In dat geval schrijft de separatistenregeling een boedelbijdrage voor tussen f 1.000,- en f 2.000,-. Wanneer de curator ook de materiële verkoopin-spanningen verricht, bedraagt de boedelbijdrage een percentage van de koopsom (doch minimaal f 2.000,-) met een degressief verloop (van 4% tot 2%) naarmate de opbrengst stijgt²⁰.

De separatistenregeling vermeldt voorts:

"Hierbij is in aanmerking genomen, dat de kosten (zoals makelaarskosten, kosten van instandhouding van de onroerende zaak, assurantiën en bewakingskosten) voor rekening van de hypotheekhouder zullen komen. (...) Alle hier bedoelde bedragen zijn kosten van verhaal: van enig surplus zal derhalve eerst sprake zijn, zodra niet alleen hoofdsom en rente en dergelijke maar ook de betreffende boedelbijdrage en de overige kosten op de opbrengst verhaald zijn."

Ik begrijp hieruit dat de genoemde kosten pas daadwerkelijk voor rekening van de hypotheekhouder komen en dat de hypotheekhouder alleen een bijdrage aan de boedel betaalt, indien en voor zover de opbrengst bij onderhandse verkoop na aftrek van de genoemde kosten en de boedelbijdrage,

19 Richtlijnen in faillissementen en surséances van betaling van de werkgroep faillissementen van de afdeling Burgerlijke Rechtspraak van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak d.d. 31 december 1996. De werkgroep heeft de Richtlijnen opgesteld na overleg met de faillissementscommissie van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Nederlandse Vereniging van Banken. De huidige Richtlijnen zijn een herziene versie van de Richtlijnen van 1990.

20 Voornoemde bedragen en percentages hebben betrekking op de onderhandse verkoop van onroerende zaken. Anders dan de oude Richtlijnen van 1990, besteden de nieuwe Richtlijnen van 31 december 1996 ook aandacht aan een eventuele boedelbijdrage bij verkoop van verpande zaken door de pandhouder of de curator, al dan niet met toepassing van art. 3:251 BW.

niet meer toereikend is om de vordering van hypotheekhouder integraal te voldoen. Een voorbeeld ter verduidelijking:

Voorbeeld 8

Op een onroerend goed van de gefailleerde rust een hypotheekrecht tot zekerheid van een vordering van 185.000. Bij openbare verkoop door de hypotheekhouder zal de opbrengst naar verwachting 175.000 zijn. Bij onderhandse verkoop kan echter een opbrengst worden gerealiseerd van 200.000. De curator en de hypotheekhouder komen overeen dat de curator het goed onderhands zal verkopen, waarbij de curator een boedelbijdrage bedingt van 3% van de opbrengst, hetgeen dus neerkomt op 6.000. De makelaars-, bewakings- en assurantiekosten bedragen in totaal 5.000. Lees ik de geciteerde passage uit de separatistenregeling juist, dan wordt de opbrengst als volgt verdeeld:

opbrengst	200.000
makelaars-, bewakings- en assurantiekosten/ boedelbijdrage	<u>11.000</u> - 189.000
met hypotheekrecht gedekte vordering surplus dat in de boedel vloeit	<u>185.000</u> - 4.000

Het systeem van de separatistenregeling leidt er in het bovenstaande voorbeeld toe, dat zowel de makelaars-, bewakings- en assurantiekosten als de boedelbijdrage niet door de hypotheekhouder worden betaald, maar door de boedel. Zouden genoemde kosten en de boedelbijdrage immers niet op de opbrengst in mindering worden gebracht, dan zou het surplus dat in de boedel vloeit met dezelfde bedragen toenemen. Anders dan men met de term 'verhaalskosten' wellicht wil suggereren, zijn noch de makelaars-, bewakings- en assurantiekosten noch de boedelbijdrage te beschouwen als eigenlijke executiekosten²¹ die op grond van art. 3:277 lid 1 BW op de bruto-opbrengst in mindering kunnen worden gebracht teneinde de netto-opbrengst te verkrijgen. Het in mindering brengen van deze kostenposten op de opbrengst, berust derhalve niet op een wettelijke bepaling. De grondslag daarvoor is een overeenkomst tussen de curator en de hypotheekhouder. De separatistenregeling geeft een richtlijn voor de inhoud van die overeenkomst. Bij de vraag of de curator een dergelijke overeenkomst mag aangaan, zal weer als toetssteen fungeren de vraag, of het aangaan van de overeenkomst in het belang is van de boedel. Dat is altijd het geval, wanneer met de onderhandse verkoop een hogere opbrengst kan worden gerealiseerd. Ook in voorbeeld 8 is de boedel met de transactie gebaat: er

21 Zie de paragrafen 2.2.4 en 2.2.5.

vloeit een surplus van 4.000 in de boedel, terwijl de boedel bij openbare verkoop door de hypotheekhouder, geen enkele opbrengst van het verhypothekerde goed kon verwachten. Bovendien zou de hypotheekhouder in dat geval nog een concurrente vordering van 10.000 ter verificatie hebben ingediend.

Ik vraag mij echter af, of de separatist naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onevenredig veel profiteert van het systeem dat in de separatistenregeling wordt voorgeschreven. In het bovenstaande voorbeeld is de uitkomst van onderhandse verkoop door de curator ook uitermate voordelig voor de hypotheekhouder. In geval van parate executie door middel van openbare verkoop zou de opbrengst voor voldoening van zijn vordering 10.000 tekortschieten, terwijl zijn vordering bij onderhandse verkoop door de curator integraal kan worden voldaan. Maar dat is niet zijn enige voordeel. Voor de volledige voldoening van zijn vordering heeft hij geen kosten voor zijn rekening hoeven nemen en heeft hij bovendien gratis gebruik kunnen maken van de diensten van de curator. Met name ten aanzien van de bewakings- en assurantiekosten geldt, dat de hypotheekhouder deze kosten voor zijn eigen rekening had moeten nemen wanneer hij zelf tot parate executie zou zijn overgegaan²². Ik vraag mij af of het dan niet reëel is de ten behoeve van het verhypothekerde goed gedane uitgaven geheel ten laste te laten komen van de hypotheekhouder en af te spreken dat slechts de boedelbijdrage in mindering op de opbrengst mag worden gebracht. Daaraan kan worden toegevoegd dat het slechts zinvol is een dergelijke boedelbijdrage overeen te komen, wanneer de opbrengst zelfs bij openbare verkoop niet toereikend is om de vordering van de hypotheekhouder integraal te voldoen.

Vervolgens rijst nog de vraag wat nu precies de status van de boedelbijdrage is op de uitdelingslijst en ten gunste van welke schuldeisers zij komt. Het is een actief dat in de boedel vloeit, zodat hierover een omslag van de algemene faillissementskosten moet plaatsvinden. In paragraaf 2.2.5 heb ik betoogd dat het salaris van de curator voor de werkzaamheden die hij ten behoeve van de onderhandse verkoop heeft verricht, niet als bijzondere faillissementskosten ten laste van de boedelbijdrage mag worden gebracht.

22 Vgl. Rb. 's-Gravenhage 16 juni 1993, NJ 1995, 205 (Tulip/Tiethoff q.q.). Deze uitspraak wordt in paragraaf 4.3 nader besproken.

Wanneer de boedel negatief is, zal de boedelbijdrage onder de boedel-schuldeisers worden verdeeld overeenkomstig de onderlinge rangorde, waarbij de curator wel een hoge plaats inneemt²³. In geval van een positieve boedel is de vraag, op welke wijze de boedelbijdrage op de uitsdelingslijst wordt verantwoord. Wordt zij als algemene bate genoteerd, of wordt zij beschouwd als een deel van de opbrengst van het verhypothekerde goed? Het antwoord op deze vraag is met name van belang voor de schuldeiser te wiens behoeve een bijzonder voorrecht op het verhypothekerde goed rustte dat in rang was achtergesteld bij de vordering van de hypotheekhouder. Wanneer de boedelbijdrage zou moeten worden beschouwd als opbrengst van het onderhands verkochte goed, dan zou bedoelde schuldeiser hierop - na de omslag van de algemene faillissementskosten - een preferente aanspraak hebben. Ik zou dit niet willen aannemen. Hetgeen de curator bij onderhandse verkoop van een verhypothekerd goed als boedelbijdrage bedingt is - het woord zegt het al - een bijdrage aan de boedel. Dat wil zeggen dat deze bijdrage ten goede komt aan de gezamenlijke schuldeisers al naar gelang hun onderlinge rangorde. De bijdrage zal dus in de eerste plaats ten goede komen van de algemeen bevoorrechte schuldeisers en - in het geval dat de preferente schuldeisers geheel voldaan worden - aan de concurrente schuldeisers.

De boedelbijdrage moet niet worden verward met een bijdrage in de omslag van de algemene faillissementskosten. De grondslag voor het heffen van een boedelbijdrage is gelegen in de overeenkomst tussen de curator en de hypotheekhouder en niet, zoals ten onrechte wel eens wordt verondersteld²⁴, in het bepaalde in art. 182 Fw. Voorts moet men een onderscheid maken tussen de situatie waarin de curator ten behoeve van een hypotheekhouder als onderhandse verkoper optreedt en de situatie waarin een pandhouder zelf onderhands verkoopt en daarvoor slechts toestemming van de curator nodig heeft (art. 3:251 lid 2 BW)²⁵. Het wezenlijke verschil

23 Zie nader hoofdstuk 5, in het bijzonder paragraaf 5.2.3.2.

24 Zie bijvoorbeeld A.R.Ph. Boddart, Reactie op een artikel van A. van Oven, NJB 1983, blz. 665.

25 Voor het geven van deze toestemming is geen verlof van de Rechter-Commissaris nodig. Het betreft immers geen verkoop door de curator, zodat art. 176 Fw niet van toepassing is. Zo ook I. de Waal-Van Wessem, Onderhandse verkoop door beperkt gerechtigden: een (andere) wijze van gedwongen verkoop?, WPNR 5676 (1983), blz. 740 en B. Wachter in zijn noot onder HR 8 april 1983, NJ 1984, 434 (Van Gend en Loos/Lips q.q.). Anders: F. Molenaar, Bespreking van HR 8 april 1983,

is, dat in het eerste geval de hypotheekhouder niet en in het tweede geval de pandhouder juist wel overeenkomstig art. 57 lid 1 Fw gebruik maakt van zijn recht van parate executie alsof er geen faillissement was. Anders dan de hypotheekhouder, die slechts buiten de omslag van de algemene faillissementskosten blijft omdat hij zulks in zijn overeenkomst met de curator heeft bedongen, blijft de pandhouder die overeenkomstig art. 3:251 lid 2 BW onderhands verkoopt reeds buiten de omslag op grond van het stelsel van art. 57 lid 1 jo art. 182 Fw. De in art. 182 Fw vastgelegde regel volgens welke de algemene faillissementskosten worden omgeslagen over ieder deel van de boedel, lijdt immers uitzondering in het geval van verkoop op de voet van art. 57 lid 1 Fw. Terecht is in HR 8 april 1983, NJ 1984, 434 m.nt. BW (Van Gend & Loos/Lips q.q.) dan ook beslist, dat de curator zijn toestemming voor onderhandse verkoop door de pandhouder niet afhankelijk mag stellen van de voorwaarde dat de pandhouder bijdraagt in de omslag van de algemene faillissementskosten. De curator behoort op verzoek van de pandhouder tot zodanige bewilliging zijn beslissing te doen afhangen van zijn verwachting omtrent de vraag, of de voorgestelde onderhandse verkoop tot de hoogst mogelijke opbrengst zal leiden, in het bijzonder tot een hogere opbrengst dan bij openbare verkoop overeenkomstig art. 3:250 BW.

4.1.3 De retentor

De positie van de retentor in faillissement is geregeld in art. 60 Fw. Het eerste lid bepaalt dat het retentierecht door de faillietverklaring niet verloren gaat. De retentor kan zijn rechten dus ook jegens de curator invoeren. Het tweede lid kent de curator in dat geval twee bevoegdheden toe. De curator kan de zaak waarop een retentierecht rust hetzij opeisen en verkopen, hetzij in de boedel terugbrengen door de vordering van de retentor in te lossen. Dit laatste is aantrekkelijk voor de retentor. Hij is voldaan en hoeft zijn vordering dus ook niet meer ter verificatie aan te melden. Dat betekent dat hij ook geen last meer heeft van de latere omslag van de algemene faillissementskosten over de opbrengst van de door de curator verkochte zaak. Kiest de curator er echter voor de zaak op te eisen en zelf te verkopen, dan is de retentor aangewezen op verificatie van zijn vordering. Hij behoudt

TVVS 1983, blz. 220 en R. Andersen, Een parallel tussen HR 8 april 1983 en het hypotheekrecht, WPNR 5665 (1983), blz. 570, noot 2.

zijn recht van voorrang op de door de curator gerealiseerde opbrengst van de zaak (art. 3:292 BW), maar moet wel gedogen dat daarover eerst een omslag van de algemene faillissementskosten plaatsvindt. Op grond van art. 60 lid 3 Fw kan de retentor de curator een redelijke termijn stellen om tot toepassing van het tweede lid over te gaan. Pas wanneer de curator binnen deze termijn niet tot verkoop van de zaak overgaat, bijvoorbeeld omdat de waarde van de zaak zo gering is dat de verkoop- en leveringskosten hoger zullen zijn dan de te verwachten opbrengst, heeft de retentor het recht van parate executie. De bepalingen daaromtrent van pand en hypotheek zijn van overeenkomstige toepassing bij respectievelijk roerende zaken en registergoederen (art. 60 lid 3 Fw). Als separatist blijft de retentor dan buiten de omslag van de algemene faillissementskosten, zoals art. 182 Fw ook uitdrukkelijk bepaalt. Anders dan bij de pand- en hypotheekhouder, die hun positie als separatist slechts verliezen wanneer zij blijven 'stilzitten', is het optreden van de retentor als separatist dus eerder uitzondering dan regel.

Een bekwaam handelend curator zal de zaak waarop een retentierecht rust, in beginsel altijd opeisen en zelf verkopen, indien te verwachten is dat de opbrengst hoger zal zijn dan de kosten die met de verkoop gemoeid zijn²⁶. Per saldo komt er dan meer actief in de boedel, waardoor tevens een groter draagvlak wordt gecreëerd voor de omslag van de algemene faillissementskosten. Dit komt ten goede van de overige geverifieerde schuldeisers. In de praktijk betekent dit dat de retentor bijna altijd de omslag van de algemene faillissementskosten tegen zich moet laten gelden. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat de boedel in veel gevallen negatief is, in welk geval de retentor in het geheel geen uitkering zal ontvangen. In dit opzicht is de positie van de retentor in faillissement onder het huidige recht aanzienlijk verslechterd ten opzichte van het oude recht, waarin aan de curator niet een opeisingsbevoegdheid was toegekend. Onder het oude recht had de curator te kiezen tussen hetzij betaling van het uitkeringspercentage zonder dat de zaak feitelijk in de boedel terugkeerde, hetzij de vordering van de retentor integraal te voldoen waardoor het retentierecht verviel en de zaak alsnog in de boedel kwam (inlossing). Omdat de waarde van de zaak meestal hoger was dan de vordering van de retentor, kwam het laatste het meeste voor, waardoor de retentor zijn vordering vol-

26 Zie ook Verschoof, blz. 23-24.

ledig voldaan kreeg zonder bij te dragen aan de omslag van de algemene faillissementskosten. Met het toekennen van een opeisingsbevoegdheid aan de curator in het huidige art. 60 lid 2 Fw, is de retentor in faillissement zijn belangrijkste machtsmiddel kwijt, waardoor hij de omslag nog maar zelden zal ontlopen²⁷.

4.2 Beperkt gerechtigden

Dat de zojuist besproken pand- en hypotheekhouders in beginsel buiten het faillissement blijven, kan reeds worden verklaard vanuit het feit dat zij een goederenrechtelijke aanspraak op een bestanddeel van de boedel hebben, te weten een beperkt zekerheidsrecht. Aan een dergelijk goederenrechtelijk recht komt absolute werking toe, hetgeen betekent dat dit recht jegens een ieder, inclusief de curator, kan worden ingeroepen. Om dezelfde reden ondervinden ook diegenen te wier behoeve een beperkt gebruiksrecht²⁸ op een goed van de gefailleerde rust, van het faillissement geen nadeel. Het algemene faillissementsbeslag kan aan hen niet worden tegengeworpen. De curator zal hun rechten moeten respecteren en kan slechts beschikken over de 'blote eigendom', dat wil zeggen het eigendomsrecht van het goed, bezwaard met het daarop rustende beperkte recht.

Wel moet een beperkt gerechtigde op grond van de prioriteitsregel een eerder gevestigd pand- of hypotheekrecht tegen zich laten gelden. Men denke bijvoorbeeld aan een recht van vruchtgebruik dat ná het recht van hypotheek uit hoofde waarvan wordt geëxecuteerd, maar vóór de faillietverklaring, op het geëxecuteerde goed is gevestigd. Omdat de hypotheekhouder het goed vrij van het recht van vruchtgebruik kan verkopen, gaat dit recht verloren. Om dit verlies te compenseren bepaalt art. 3:282 BW dat aan de vruchtgebruiker uit de opbrengst van de executie, onmiddellijk na de vordering van de hypotheekhouder, een vergoeding moet worden uitgekeerd ter zake van de schade die hij heeft geleden door het verlies van

27 Zie ook C.C.J. Aarts, *Het retentierecht*, diss. Nijmegen, Arnhem 1990, nr. 417 op blz. 213.

28 De beperkte gebruiksrechten zijn: vruchtgebruik, gebruik en bewoning, erfdienstbaarheid, erfpacht en opstal. Waar ik in het vervolg spreek van 'beperkt gerechtigde' of 'beperkt recht' doel ik op (de subjecten van) deze beperkte gebruiksrechten en dus niet - tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven - op de beperkte zekerheidsrechten pand en hypotheek.

zijn recht. Art. 57 lid 2 Fw geeft aan deze regel uitvoering in geval van faillissement van de geëxecuteerde: de vruchtgebruiker kan uit eigen hoofde buiten het faillissement om - en dus vóór de curator - bij de verdeling van de opbrengst opkomen. Hij krijgt zijn vergoeding dus rechtstreeks voldaan uit het surplus van de door de hypotheekhouder gesepareerde opbrengst. De ratio van deze regeling is dat het niet aangaat dat de boedel ten koste van de vruchtgebruiker zou profiteren van het deel van de opbrengst, dat is verkregen doordat de pand- of hypotheekhouder - anders dan de curator had kunnen doen - heeft mogen verkopen zonder bezwaring met vruchtgebruik²⁹. Het met het recht van vruchtgebruik bezwaarde gedeelte van het eigendomsrecht behoorde immers niet tot de boedel: in de boedel viel slechts de blote eigendom van de zaak. Art. 57 lid 2 Fw stelt veilig dat ook het gedeelte van de door de hypotheekhouder gerealiseerde opbrengst waaruit de vruchtgebruiker zijn vordering tot schadevergoeding kan voldoen, buiten de boedel blijft. Een logische consequentie daarvan is, dat over dit deel van de opbrengst ook geen algemene faillissementskosten worden omgeslagen. In art. 182 lid 1 Fw is dit vastgelegd in het volgende zinsdeel:

"De algemene faillissementskosten worden omgeslagen over ieder deel van de boedel, met uitzondering³⁰ van hetgeen na een executie overeenkomstig artikel 57 of artikel 60, derde lid, tweede zin, toekomt aan (...) de beperkt gerechtigden, huurders en pachters wier recht door de executie is vervallen of verloren gegaan (...)"

Blijkens deze bepaling blijft buiten de omslag ook de huurder of pachter wiens recht is vervallen bij executie door een hypotheekhouder die een huurbeding kon invoeren. In art. 57 lid 2 Fw is verzuimd de waardevergoedingsaanspraak te vermelden die de huurder, in geval van vernietiging van de huurovereenkomst, aan art. 3:264 lid 7 BW ontleent. Dit is waarschijnlijk een vergissing van de wetgever, omdat uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat het zijn bedoeling was om de huurder "gelijk te stellen met een beperkt gerechtigde in de zin van art. 3.10.1.3d

29 Vgl. MvT op de gewijzigde artt. 57 Fw en 182 Fw, Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, wetwijzigingen, blz. 165 respectievelijk blz. 301.

30 De woorden 'met uitzondering van' zijn hier eigenlijk niet op zijn plaats. Zoals hiervoor betoogd, is het bedoelde gedeelte van de opbrengst dat toekomt aan de beperkt gerechtigde immers geen 'deel van de boedel' als bedoeld in het eerste zinsdeel van art. 182 lid 1 Fw.

(art. 3:282 BW, GABJ)³¹. Men moet dan ook aannemen dat ook de huurder voor zijn schadevergoedingsvordering ex art. 3:264 lid 7 BW, rechtstreeks - dus buiten het faillissement van de verhuurder om - bij de verdeling van de door de hypotheekhouder gerealiseerde opbrengst kan opkomen, ten-einde direct na de hypotheekhouder te worden voldaan. Dat strookt met het geciteerde zinsdeel van art. 182 lid 1 Fw, waaruit blijkt dat ook over dit aan de huurder toekomende gedeelte van de opbrengst, geen omslag plaatsvindt.

De beperkt gerechtigde heeft niet zelf het recht van parate executie. Maakt de pand- of hypotheekhouder geen gebruik van zijn recht van parate executie, of laat deze de door de curator gestelde redelijke termijn ex art. 58 lid 1 Fw verlopen, dan zal de curator de zaak verkopen. De vraag rijst, of de beperkt gerechtigde nu wél in het faillissement moet opkomen en zodoende aan de omslag van de algemene faillissementskosten moet bijdragen. Wanneer de curator de zaak verkoopt, vervalt op grond van art. 188 lid 1 Fw het daarop rustende beperkte recht wanneer de pand- of hypotheekhouder met een ouder recht zijn vordering heeft laten verifiëren³². Buiten twijfel staat dat de pand- of hypotheekhouder in dat geval moet gedogen dat over de opbrengst een evenredig deel van de algemene faillissementskosten moet worden omgeslagen. Maar moet nu ook de beperkt gerechtigde, die ex art. 3:282 BW onmiddellijk na de pand- of hypotheekhouder uit de opbrengst moet worden voldaan, de omslag tegen zich laten gelden?

De uitzonderingsregel van art. 182 Fw ziet niet op deze situatie. Daaruit volgt slechts dat de beperkt gerechtigde niet aan de omslag van de algemene faillissementskosten hoeft bij te dragen, wanneer zijn recht verloren is gegaan door executie *door een pand- of hypotheekhouder*. Ook art. 57 lid 2 Fw is op deze situatie niet rechtstreeks van toepassing. De Liagre Bohll meent dan ook dat de beperkt gerechtigde in deze situatie wél aan de omslag van

31 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1360. Zie ook H. Stein, *Uitwinning*, in: *Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht*, Zwolle 1991, blz. 464.

32 Verschoof lijkt dit over het hoofd te zien in het voorbeeld dat hij schetst op blz. 43-44. Voor het geval dat niet de hypotheekhouder maar de curator verkoopt, gaat hij ervan uit dat de curator het onroerend goed uitsluitend belast met het beperkte recht kan verkopen. Dat zou op zichzelf juist zijn, ware het niet dat art. 188 lid 1 Fw anders bepaalt wanneer de hypotheekhouder jegens wie het beperkte recht niet kan worden ingeroepen, zijn vordering ter verificatie heeft ingediend. Dat laatste zal doorgaans het geval zal zijn.

art. 182 Fw moet bijdragen³³. Voor dit standpunt kan worden aangevoerd dat, in geval van executie door de curator op grond van art. 58 lid 1 Fw, de opbrengst nu eenmaal in de boedel komt, zodat de beperkt gerechtigde in het faillissement moet opkomen. Dat lijkt ook de visie van de wetgever te zijn. In de Memorie van Toelichting op het gewijzigde art. 57 Fw schrijft de Regering:

"Men lette erop dat het tweede lid niet impliceert dat de voormelde beperkt gerechtigden zelf een recht van parate executie hebben. Zij zijn slechts in zoverre gerechtigd hun rechten buiten faillissement uit te oefenen, dat zij buiten het faillissement hun recht kunnen geldend maken op voldoening uit de opbrengst die door parate executie door een pand- of hypotheekhouder is verkregen."³⁴

Ik vraag mij echter af, of deze uitkomst niet in strijd is met de reeds vermelde ratio die aan art. 3:282 BW en art. 57 lid 2 Fw ten grondslag ligt. Feit blijft immers, dat het beperkte recht buiten de boedel viel. Dat recht heeft de curator in beginsel te respecteren en het vervalt slechts omdat er een geverifieerde pand- of hypotheekhouder is met een ouder recht. De boedel behoort daarvan niet te profiteren. Dat de ouder gerechtigde pand- of hypotheekhouder - om welke reden dan ook - niet zelf executeert, is bovendien een omstandigheid waarop de beperkt gerechtigde zelf geen enkele invloed kan uitoefenen. In dat opzicht is de positie van de beperkt gerechtigde wezenlijk anders dan die van een tweede of lagere pand- of hypotheekhouder. Die heeft ex art. 3:248 BW respectievelijk 3:268 BW immers wél de mogelijkheid om, wanneer de oudste pand- of hypotheekhouder stil blijft zitten, zelf tot parate executie over te gaan. Doet hij dat niet en laat hij de executie ex art. 58 lid 1 Fw over aan de curator, dan moet hij de omslag van de algemene faillissementskosten over de gerealiseerde opbrengst tegen zich laten gelden.

Ik acht het onbevredigend wanneer de beperkt gerechtigde de dupe zou worden van het feit dat de pand- of hypotheekhouder niet zelf executeert. De redelijkheid vraagt dat de beperkt gerechtigde ook dan buiten de omslag van de algemene faillissementskosten blijft. Zou de beperkt gerechtigde in deze situatie de omslag moeten gedogen, dan zou dat voor hem een hard gelag zijn. Dat geldt met name wanneer de pand- of hypotheekhou-

33 De Liagre Böhl, blz. 111.

34 Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen, blz. 166.

der uit de opbrengst, nadat de algemene faillissementskosten daarover zijn omgeslagen, nog volledig kan worden voldaan, doch voor de beperkt gerechtigde juist door die omslag niet voldoende meer resteert.

Ik meen dan ook dat de beperkt gerechtigde in de situatie waarin de curator ex art. 58 lid 1 Fw verkoopt, op grond van art. 3:282 BW recht heeft op eenzelfde gedeelte van de opbrengst die hij zou hebben gekregen wanneer de pand- of hypotheekhouder zelf had geëxecuteerd. Dat gedeelte zou analoog aan art. 57 lid 2 Fw moeten worden geacht buiten de boedel te zijn gebleven, zodat daarover ook geen algemene faillissementskosten mogen worden omgeslagen³⁵. Deze oplossing verlangt van de curator wel enig rekenwerk, aangezien de beperkt gerechtigde (die dus buiten de omslag moet blijven) pas aan de beurt is na voldoening van de pand- of hypotheekhouder (die deze omslag wél moet gedogen). Dat betekent dat de curator moet berekenen welk bedrag de beperkt gerechtigde ex art. 57 lid 2 Fw jo art. 3:282 BW zou hebben ontvangen in geval van executie door de pand- of hypotheekhouder. Dat bedrag dient hij uit te keren aan de beperkt gerechtigde. Over de resterende opbrengst moeten vervolgens eerst de algemene faillissementskosten worden omgeslagen, waarna uit het restant de pand- of hypotheekhouder kan worden voldaan. Met name wanneer het omslagpercentage hoog is, zou dit kunnen betekenen dat de pand- of hypotheekhouder met een gedeeltelijke voldoening van zijn vordering genoegen moet nemen, terwijl de (lager gerangschikte) beperkt gerechtigde geheel wordt voldaan. Dat is echter niet zozeer de consequentie van mijn opvatting dat de beperkt gerechtigde buiten de omslag moet blijven, maar veeleer van het feit dat de pand- of hypotheekhouder die geen actie onderneemt zijn positie als separatist verliest.

4.3 Zekerheidseigenaars

Buiten het faillissement blijven tenslotte ook diegenen aan wie een goed, waarop de gefailleerde bijvoorbeeld een gebruiksrecht heeft, in eigendom toebehoort. Vaak heeft een dergelijk eigendomsrecht een zekerheidskarakter. Zekerheidseigendom kan voortvloeien uit het feit dat een goed wordt

35 Anders: Praktijkboek Curatoren, paragraaf 12.7.3, bewerkt door J.L.M. Arts en P.J. Peters.

overgedragen onder een voorwaarde waaraan goederenrechtelijke werking toekomt (vgl. art. 3:84 lid 4 BW). Het in vervulling gaan van de voorwaarde heeft van rechtswege en zonder terugwerkende kracht haar werking (art. 3:38 lid 2 BW). De voorwaarde kan opschortend zijn, zodat de 'verkrijger' slechts een eigendomsverwachting heeft. Een voorbeeld daarvan is de zaak die krachtens een huurkoopovereenkomst³⁶ (art. 7A:1576h BW) of onder eigendomsvoorbehoud is geleverd (art. 3:92 BW). Zolang aan de opschortende voorwaarde (de algehele betaling van de koopsom(termijnen)) niet is voldaan, komt de overdracht niet tot stand en blijft de leverancier eigenaar. Een overdracht van goederen kan ook onder ontbindende voorwaarde (bijvoorbeeld niet-tijdige betaling) plaatsvinden. Op het moment waarop de ontbindende voorwaarde in werking treedt, wordt de leverancier weer van rechtswege eigenaar. Het in de artt. 7:39 e.v. BW geregelde recht van reclame is een ontbindingsgrond die krachtens de wet in iedere koopovereenkomst wordt verondersteld. Het is dus geen bedongen ontbindende voorwaarde als bedoeld in art. 3:84 lid 4 BW. Het invoeren van het recht van reclame door de verkoper heeft evenwel ook goederenrechtelijke werking. De verkoper wordt daardoor van rechtswege weer eigenaar van het verkochte goed.

Dat zaken die aan derden in eigendom toebehoren geheel buiten het faillissement blijven, spreekt voor zich. Het faillissementsbeslag omvat ex art. 20 Fw immers slechts het vermogen van de schuldenaar. Hierin ligt wel een belangrijk verschil tussen de beperkt (zekerheids- en gebruiks-)gerechtigden enerzijds en de (zekerheids)eigenaar anderzijds. Eerstgenoemden hebben een aanspraak op goederen die in eigendom aan de schuldenaar toebehoren en in diens faillissement (dus in de failliete boedel) vallen. Men zou weliswaar kunnen zeggen het met het beperkte recht bezwaarde gedeelte van het eigendomsrecht niet in de boedel valt. Dan valt echter nog het onbezwaarde gedeelte van dat eigendomsrecht, de zogenaamde blote eigendom, in de boedel. Dat komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in het feit dat een executerende pand- of hypotheekhouder een eventueel overschot van de executie-opbrengst aan de curator moet afdragen. Het blijkt ook uit het gegeven dat de curator over het goed waarop een beperkt gebruiksrecht rust, met inachtneming van dat recht, mag beschikken en dat hij ook een verhypothekend of verpand goed mag verkopen wanneer van het

36 Vaak in de vorm van een lease-contract.

recht van parate executie geen gebruik wordt gemaakt (art. 58 lid 1 Fw). De goederen die in (zekerheids)eigendom aan een derde toebehoren, vallen in het geheel niet in de boedel en zijn daarom volledig aan de beheers- en beschikkingsmacht van de curator onttrokken.

In paragraaf 4.1.2 is de boedelbijdrage besproken die de curator van een hypotheekhouder pleegt te bedingen wanneer hij het verhypothekerd goed onderhands verkoopt. Onder omstandigheden is het denkbaar dat de curator ook een boedelbijdrage kan vorderen van zekerheidseigenaren die hun eigendommen revindiceren. Een dergelijke situatie deed zich voor in Rb. 's-Gravenhage 16 juni 1993, NJ 1995, 205 (Tulip/Tiethoff q.q.). In deze zaak hadden de curatoren kosten gemaakt teneinde de uitlevering te organiseren van goederen waarvan leveranciers de eigendom hadden voorbehouden. De omvang van het magazijn en de aard en de hoeveelheid van de daarin opgeslagen goederen hadden de curatoren ertoe genoodzaakt een extern taxatie- en adviesbureau in te schakelen, om vast te kunnen stellen en te administreren op welke goederen ten behoeve van welke crediteur een eigendomsvoorbehoud rustte. Bovendien waren kosten gemaakt in verband met het aanhouden van het magazijn: beveiliging, energie, verzekeringen, huur etc. Ter bestrijding van deze kosten verlangden de curatoren van de leveranciers die afgifte wensten van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen, een vergoeding van 3% van de nettowaarde van de door de crediteuren gerevindiceerde eigendommen. Een van die crediteuren, Tulip, meende dat de curatoren op geen enkele grond het recht hadden een dergelijke (boedel)bijdrage te verlangen. De Rechtbank was echter van mening, dat de curatoren op grond van de redelijkheid en billijkheid wel gerechtigd waren een vergoeding voor deze kosten te verkrijgen. De Rechtbank redeneerde als volgt (r.o. 13):

"Omdat deze kosten naar het oordeel van de rechtbank in casu alleen de belangen van de diverse belanghebbenden, die hun rechten buiten faillissement geldend konden maken, hebben gediend en niet de belangen van de boedel, gebiedt de redelijkheid en billijkheid dat die kosten op enigerlei wijze worden verhaald op diegenen in wiens belang die kosten zijn gemaakt. Een andere opvatting dan de hiervoor geschetste leidt in casu tot het - in de ogen van de rechtbank - onaanvaardbare resultaat dat de schuldeisers met een vordering op de (failliete) boedel, kosten voor hun rekening zouden moeten nemen die niet ten behoeve van de boedel zijn gemaakt (en ook niet als zodanig zijn gepresenteerd) en waardoor de boedel niet is gebaat."

Met deze uitspraak kan ik instemmen. Noodgedwongen moet hier een beroep worden gedaan op de redelijkheid en billijkheid. Een vergelijking kan worden gemaakt met art. 3:120 BW, dat bepaalt dat de kosten die een bezitter te goeder trouw ten behoeve van een goed heeft gemaakt, moeten worden vergoed door de rechthebbende die dat goed opeist. In casu kon de gefailleerde echter niet als bezitter te goeder trouw worden aangemerkt. Op grond van de overdracht onder eigendomsvoorbehoud was hij houder van de goederen, waarbij overigens wel werd beoogd dat hij het bezit (na betaling van de koopsom) zou verkrijgen. Ook kan aansluiting worden gezocht bij het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking, hoewel ook art. 6:212 BW niet rechtstreeks van toepassing is op het onderhavige geval. Deze uitspraak doet overigens de vraag rijzen, of de curator onder omstandigheden ook een boedelbijdrage kan *eisen* bij onderhandse verkoop door een hypotheekhouder, ook wanneer zulks niet was overeengekomen, of zelfs wanneer een pand- of hypotheekhouder tot parate executie is overgegaan.

4.4 Omslag over art. 57 lid 3 Fw-gelden

De hoofdregel van art. 3:279 BW is dat pand en hypotheek voor voorrechten gaan. Op deze regel bestaan wettelijke uitzonderingen. De voornaamste bevoorrechte schuldeisers die voorrang hebben boven pand- en/of hypotheekrecht zijn:

1. De schuldeiser met een vordering wegens kosten van behoud (art. 3:284 BW). De vordering van deze schuldeiser is bevoorrecht op het behouden goed en heeft onder andere voorrang boven:
 - a. pandrecht (vuistpand of stil pand) en hypotheekrecht dat is gevestigd voordat de kosten tot behoud zijn gemaakt (lid 2);
 - b. stil pandrecht dat is gevestigd nadat de kosten tot behoud zijn gemaakt, zolang het behouden goed niet in de macht van de pandhouder of een derde is gebracht (lid 2, tweede zin).
2. De 'kleine ondernemer' met een vordering uit aanneming van werk (art. 3:285 BW). De vordering van deze schuldeiser is bevoorrecht op de bearbeide zaak en heeft onder andere voorrang boven:
 - a. een voor het ontstaan van de vordering gevestigd stil pandrecht (lid 2);

- b. een na het ontstaan van de vordering gevestigd stil pandrecht, zolang de zaak nog niet in de macht van de pandhouder of een derde is gebracht (lid 2).
- 3. De benadeelde met een vordering tot schadevergoeding (art. 3:287 BW). Deze vordering is bevoorrecht op de vordering die de aansprakelijke op zijn verzekeraar heeft en heeft voorrang boven alle rechten die derden op de vordering hebben, waaronder ook het pandrecht.
- 4. De schuldeiser met het recht van retentie (art. 3:292 jo art. 3:291 BW). Art. 3:292 BW geeft de retentor recht van voorrang op de opbrengst van de retentiezaak boven allen tegen wie hij het retentierecht kan invoeren. Ex art. 3:291 BW zijn dat:
 - a. alle derden, dus ook de stille pand- en hypotheekhouder, die hun rechten hebben gevestigd nadat de vordering van de retentor is ontstaan en de zaak in zijn macht is gekomen (lid 1);
 - b. derden met een ouder recht, waaronder een voor het ontstaan van de vordering van de retentor gevestigd stil pand- of hypotheekrecht, indien de vordering van de retentor voortvloeit uit een overeenkomst die de schuldenaar bevoegd was aan te gaan, of de retentor geen reden had om aan de bevoegdheid van de schuldenaar te twifelen (lid 2).
- 5. De douane-expediteur met een vordering ter zake van betaalde invoerrechten voor ingeklaarde goederen van de schuldenaar. Op grond van art. 32a DW heeft de expediteur voor deze vordering een recht van voorrang op alle vermogensbestanddelen van de opdrachtgever. Dit voorrecht gaat ook in rang boven pand- en hypotheekrecht.
- 6. De fiscus met een vordering waarvoor het bodemvoorrecht van art. 21 lid 2 jo art. 22 lid 3 Iw geldt. Volgens art. 21 lid 1 Iw heeft 's Rijks schatkist een voorrecht op alle goederen van de schuldenaar. Dat voorrecht gaat volgens het tweede lid tevens boven pandrecht voor zover dat rust op bodemzaken. Dat zijn zaken die dienen tot stoffering van een huis of landhoeve of tot bebouwing of gebruik van het land en zich tijdens het leggen van beslag op de bodem van de belastingsschuldige bevinden (art. 22 lid 3 Iw). Gezien het karakter van

bodemzaken, kan het bodemvoorrecht alleen 'botsen' met stil pandrecht.

De genoemde hoger bevoorrechte schuldeisers zijn geen separatist. Zij kunnen hun vorderingen slechts door indiening ter verificatie binnen het faillissement geldend maken³⁷. Aangezien de pand- of hypotheekhouder zijn recht kan uitoefenen alsof er geen faillissement was, zou hij ook de gehele opbrengst van de verkoop kunnen incasseren en zich daarop verhalen. Daarmee zou de voorrang van genoemde bevoorrechte schuldeisers boven de pand- of hypotheekhouder in faillissement worden gefrustreerd³⁸. Om dat te voorkomen bepaalt art. 57 lid 3 Fw, tweede volzin, dat de curator bij de verdeling van de opbrengst gehouden is mede de belangen te behartigen van de bevoorrechte schuldeisers die in rang boven pand- en hypotheekhouders en beperkt gerechtigden gaan. Aangezien de schuldeisers, voor wie de curator ex art. 57 lid 3 Fw ageert, hun vordering uit de faillissementsboedel voldaan moeten krijgen, is het logisch dat zij de omslag van de algemene faillissementskosten tegen zich moeten laten gelden. Dat is vastgelegd in art. 182 lid 1 Fw, laatste volzin:

"De algemene faillissementskosten worden omgeslagen over ieder deel van de boedel (...) met inbegrip van hetgeen krachtens een zodanige executie (overeenkomstig art. 57 of art 60, derde lid, tweede zin, GAJB) aan de curator is uitgekeerd ten behoeve van een schuldeiser die boven een of meer van voormelde personen bevoorrecht was."

Deze regel geeft aanleiding tot een aantal vragen. De eerste vraag die ik wil beantwoorden is, hoe de door de separatist gerealiseerde opbrengst nu precies tot een uitdeling moet komen. Men kan tot verschillende uitkomsten komen, hetgeen wordt geïllustreerd aan de hand van het volgende cijfervoorbeeld:

37 Vgl. HR 5 november 1993, NJ 1994, 258 m.nt WMK (Dutch Air/De Bary).

38 Vgl. HR 10 april 1941, NJ 1942, 22 m.nt. P.S. (Wijnaccijns-arrest), waarin de Hoge Raad besliste dat een pandhouder die in geval van faillissement van de schuldenaar separaat executeerde, zich voor zijn gehele door het pand gedekte vordering op de opbrengst van de verkoop kon verhalen, waardoor hij feitelijk een hoger voorrecht van een geverifieerde schuldenaar kon negeren. Na het verschijnen van het Van Gend & Loos-arrest (HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 m.nt. WMK) kwamen verschillende schrijvers tot de conclusie dat de Hoge Raad in dat arrest de leer van het Wijnaccijns-arrest had verlaten; men zie o.a. de annotatoren van het Van Gend en Loos-arrest W.M. Kleijn (in NJ) en W.C.L. van der Grinten (in AA 1975, 619-623).

Voorbeeld 9

Enige actief: (netto-)opbrengst stil verpande bodemzaken (verkocht door de pandhouder)	10.000
Vordering Ontvanger waarvoor het bodemvoorrecht geldt	5.000
Algemene faillissementskosten	1.250

Over welk bedrag moeten de algemene faillissementskosten worden omgeslagen? Welke bedragen resteren derhalve voor de Ontvanger en voor de pandhouder? Vier verschillende oplossingen zijn mogelijk:

1. De pandhouder draagt 5.000 af aan de curator en behoudt zelf de resterende 5.000. De algemene faillissementskosten worden over de afgedragen 5.000 omgeslagen, waardoor netto 3.750 resteert voor de Ontvanger (omslagpercentage: $1.250/5.000 = 25\%$).
2. De Ontvanger krijgt zijn volledige vordering van 5.000 uitgekeerd. Dit kan worden bereikt met twee verschillende berekeningen, die echter steeds tot dezelfde uitkeringen leiden³⁹:

Variant A:

De omslag wordt berekend over 10.000 (omslagpercentage: $1.250/10.000 = 12,5\%$). Na de omslag resteert 8.750. Daaruit ontvangt de Ontvanger zijn integrale vordering van 5.000. Voor de pandhouder resteert 3.750.

39 A.H. Korthals Altes ((Semi)separatisten op de tocht?, WPNR 5420 (1978), blz. 77-84) werkt de varianten 2A en 2B in een vergelijkbaar voorbeeld (blz. 78, noot 9) uit als twee verschillende oplossingen. Hij komt in dat voorbeeld ook op twee verschillende uitkomsten uit, maar dat is een gevolg van het feit dat hij een vast omslagpercentage als uitgangspunt heeft genomen. Dat is onjuist. Het omslagpercentage is mede afhankelijk van de oplossing die men in het geschetste voorbeeld voorstaat, hetgeen ook blijkt uit mijn uitwerkingen. Het omslagpercentage wordt immers berekend door het bedrag aan algemene faillissementskosten te delen door het totale boedelactief waarover de omslag moet plaatsvinden ($\times 100\%$). Dat boedelactief wordt mede (in mijn voorbeeld zelfs geheel omdat de stil verpande bodemzaken het enige actief vormen) bepaald door het bedrag dat de curator ex art. 57 lid 3 Fw in de boedel kan trekken. De uitkeringen waarop Korthals Altes uitkomt in de derde oplossing van zijn voorbeeld (in mijn voorbeeld variant 2B), zijn daarom (ook) rekenkundig onjuist. Het voorbeeld van Korthals Altes is overigens niet toegespitst op de situatie waarop art. 57 lid 3 Fw ziet, maar op de vergelijkbare situatie die zich onder het oude recht kon voordoen wanneer een zekerheids-overdracht niet kon worden ingeroepen jegens een bepaalde bevoorrechte schuldeiser. De analogie ligt voor de hand: ook bij relativering van zekerheidseigendom doet zich de situatie voor dat een bepaalde geverifieerde schuldeiser voorrang heeft boven een schuldeiser die zijn vordering niet ter verificatie behoeft aan te melden maar zich buiten het faillissement om kan verhalen. Zie ook Verschoof, blz. 42. Verschoof neemt het voorbeeld van Korthals Altes over bij zijn bespreking van art. 57 lid 3 Fw, waarbij hij overigens dezelfde fout maakt.

Variant B:

Voor de Ontvanger blijft in elk geval het bruto-bedrag van zijn vordering ad 5.000 gereserveerd nadat daarvan de omslag van de algemene faillissementskosten is afgetrokken.

Berekening:

Het bedrag dat de curator ex art. 57 lid 3 Fw incasseert is Y.

Het omslagpercentage is $1.250/Y$.

$$Y - 1.250/Y \times Y = 5.000$$

$$Y - 1.250 = 5.000$$

$$Y = 6.250$$

$$\text{Het omslagpercentage} = 1.250/6.250 = 20\%$$

De pandhouder ontvangt $10.000 - 6.250 = 3.750$.

De Ontvanger ontvangt $6.250 - 20\% \text{ omslag} = 5.000$.

3. De pandhouder en de Ontvanger dragen naar evenredigheid bij aan de omslag van de algemene faillissementskosten, te weten ieder voor 625. Beiden ontvangen 4.375.
4. De curator komt niet aan de verdeling te pas en ontvangt niets. De pandhouder behoudt 5.000 en draagt 5.000 af aan de Ontvanger.

Volledigheidshalve merk ik op dat in bovenstaand voorbeeld de pandhouder en de Ontvanger kunnen worden vervangen door andere schuldeisers: zo kan de pandhouder worden vervangen door een hypotheekhouder of een retentor die ex art. 60 lid 3 Fw executeert en de Ontvanger door iedere andere hiervoor genoemde hoger bevoorrechte schuldeiser. Dit, zolang er maar een combinatie is van een executerende separatist en een schuldeiser die hoger bevoorrecht is dan die separatist. Niet iedere combinatie is dus mogelijk: zo levert de combinatie retentor en Ontvanger met bodemrecht geen problemen op, omdat retentiezaken zich altijd onder de retentor bevinden en dus nooit bodemzaken kunnen zijn.

Welke oplossing is nu de juiste? Naar mijn overtuiging kan dat alleen oplossing 1 zijn. Ik zal eerst beargumenteren waarom de overige oplossingen onjuist zijn.

Dat oplossing 4 zonder meer onjuist is, blijkt al uit het feit dat zowel art. 182 Fw als art. 57 lid 3 Fw ervan uitgaat, dat de curator er bij een verdeling als in het geschetste voorbeeld wel degelijk aan te pas komt. De Ontvanger is geen separatist: hij zal zijn uitkering via de uitdelingslijst uit handen van de curator moeten ontvangen, zodat hij ook de omslag van de algemene faillissementskosten moet gedogen.

In de oplossingen 2 en 3 draagt de pandhouder bij aan de omslag van de algemene faillissementskosten. In oplossing 3 komt een gedeelte van de algemene faillissementskosten te zijn laste en in oplossing 2 worden de faillissementskosten feitelijk geheel door de pandhouder gedragen. Dat is volledig in strijd met de gedachte van de wetgever dat de separatist buiten de omslag blijft (zie het vorige hoofdstuk). Dat uitgangspunt vindt men ook terug in HR 5 november 1993, NJ 1994, 258 m.nt. WMK (Dutch Air/De Bary), waarin nog onder de werking van het oude recht een fiduciaire eigendomsoverdracht botste met een bevoorrechte schuldeiser jegens wie de zekerheidsoverdracht niet kon worden ingeroepen. Zou de zaak tussen Dutch Air en De Bary zich na 1 januari 1992 hebben voorgedaan, dan zou deze zijn gegaan om een botsing tussen pandrecht en een hoger voorrecht; de situatie waarop art. 57 lid 3 Fw ziet. Net als de pandhouder kon de fiduciaire eigenaar buiten het faillissement om executeren 'als ware er geen faillissement'⁴⁰. De Hoge Raad spreekt in het arrest van:

"het uitgangspunt dat alle schuldeisers - met uitzondering van hen die hun recht kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement was - op het vermogen van de schuldenaar slechts verhaal kunnen zoeken door hun vorderingen ter verificatie aan te melden bij de curator, met als gevolg dat zij (...) moeten bijdragen in de omslag van de algemene faillissementskosten (cursivering GAJB)."

In zijn noot onder dit arrest beschrijft Kleijn de consequenties van deze overweging voor wat betreft de betaling van de (algemene) faillissementskosten:

*"Dit brengt mee, dat de gerechtigde tot het hoger gerangschikte voorrecht in de faillissementskosten moet meedragen terwijl de 'lagere' gerangschikte fiduciaire eigenaar kan volstaan met het bedrag waartoe het voorrecht strekt aan de curator uit te keren zonder zelf in deze faillissementskosten, ook niet die van de douane-expediteur, mee te betalen."*⁴¹

Oplossing 2 (variant A) is overigens wel juist wanneer de curator ex art. 58 lid 1 Fw executeert en de pandhouder derhalve zijn positie als separatist heeft verloren.

40 Vgl. HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 m.nt. WMK (Van Gend & Loos).

41 Zo ook J.E. Fesevur, De zakelijke zekerheidsrechten naar tegenwoordig en toekomstig Nederlands recht, Alphen aan den Rijn 1979, blz. 108.

Variant B van oplossing 2 wordt verdedigd door Schotman⁴², die meent dat deze oplossing de voorkeur verdient boven oplossing 1, omdat laatstgenoemde oplossing in strijd zou zijn met het uitgangspunt van ons executierecht, dat het voorrecht rust op de netto-opbrengst van het betrokken goed. Na aftrek van het aandeel van de Ontvanger in de algemene faillissementskosten en uitkering van het daarmee verminderde bedrag resteert in oplossing 1 nog zowel een vordering als een netto-opbrengst: de Ontvanger heeft dus recht op meer, zo luidt de redenering van Schotman. Inderdaad heeft het laatste zinsdeel van art. 182 lid 1 Fw het - op zichzelf merkwaardige - gevolg dat een schuldeiser met een hoger voorrecht, te wiens behoeve de curator ex art. 57 lid 3 Fw ageert, altijd moet meedelen in de omslag, terwijl ingeval er geen uitwinning door een separatist plaatsvindt, diezelfde crediteur onder omstandigheden wel volledig kan worden voldaan. Dit laatste is het geval wanneer, zoals in het onderhavige voorbeeld, de vordering van de betreffende crediteur lager is dan de netto-opbrengst minus de omslag. Een en ander is nu eenmaal de consequentie van het wettelijk systeem, waarin de separatist geheel buiten het faillissement staat en de hoger bevoorrechte schuldeiser niet. Schotman meent tevens dat oplossing 1 in strijd is met het uitgangspunt van art. 182 Fw, dat over het actief moet worden omgeslagen. Oplossing 1 zou betekenen dat wordt omgeslagen over een passivum: de uitkering⁴³. In paragraaf 3.3 heb ik reeds betoogd dat die redenering niet klopt. Op grond van art. 57 lid 3 Fw incasseert de curator een bedrag dat in de boedel komt: dat is een activum. Er is alleen een grens aan het activum: het kan niet hoger zijn dan de vordering van de hoger bevoorrechte schuldeiser. Er is dus sprake van een activum dat gelijk is aan een passivum.

42 A.H. Schotman, tekst van zijn voordracht tijdens de INSOLAD-Workshop van 14 september 1994 over 'De omslag van de algemene faillissementskosten' (niet gepubliceerd), blz. 7 e.v. Ook Schotman gaat ervan uit dat de varianten 2A en 2B tot verschillende uitkeringen leiden. Hij gaat uit van het voorbeeld zoals opgesteld door A.H. Korthals Altes en zoals ook op de genoemde INSOLAD-Workshop behandeld. In noot 39 van dit hoofdstuk heb ik er reeds op gewezen dat het voorbeeld van Korthals Altes rekenkundig onjuist is. Opmerkelijk is dat Schotman variant 2A verwierpt en variant 2B verdedigt, terwijl deze varianten mijns inziens tot precies dezelfde uitkomst leiden.

43 Zo ook E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Kroniek van het faillissementsrecht*, NJB 1994, blz. 22.

Dat oplossing 1 juist is, blijkt ook uit de Memorie van Toelichting op het gewijzigde art. 182 Fw⁴⁴, waarin de Regering overweegt:

"Anders gaat het bij de bevoorrechte schuldeisers, bedoeld in artikel 57 lid 3, tweede zin. Hetgeen hun uit hoofde van de verdeling toekomt en door de curator krachtens artikel 57 lid 3 is geïnd, deelt wel in de omslag. Artikel 182 lid 1, tweede zin, stelt dit in de nieuwe tekst buiten twijfel en geeft tevens aan hoe de omslag plaatsvindt, nl. over het gehele aan de curator ten behoeve van deze schuldeisers uitgekeerde bedrag. Men zie A.H. Korthals Altes, WPNR 5420, blz. 78, noot 9, waar voor het huidige (thans: oude, GAJB) recht een soortgelijke regel wordt verdedigd."

In het artikel van Korthals Altes waarnaar de Memorie van Toelichting verwijst, wordt ook de voorkeur voor oplossing 1 uitgesproken⁴⁵. Voor die oplossing meen ik tenslotte ook steun te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 13 mei 1988, NJ 1988, 748 m.nt. G (Banque de Suez/Bijkerk q.q.). In dat arrest deed zich niet de situatie voor waarop art. 57 lid 3 Fw ziet, maar wel een vergelijkbaar geval waarin de curator afdracht verlangde van (een deel van) de door een separatist gerealiseerde opbrengst omdat deze separatist de vordering van een geverifieerde schuldeiser boven zich moest laten gelden. De casus was als volgt. Op 23 februari 1981 werd ten verzoeken van de Amro-bank conservatoir beslag gelegd op een onroerend goed van Koopmans. Op 16 maart verleende Koopmans op hetzelfde onroerend goed een recht van hypotheek aan de Banque de Suez (hierna: de bank). Nadat Koopmans op 20 januari 1982 failliet werd verklaard, beriep de curator zich ten behoeve van de boedel op het in art. 505 lid 4 Rv (oud⁴⁶) neergelegde verbod op het verhypotheekeren van een onroerend goed waarop beslag is gelegd. De bank stelde zich op het standpunt dat door de werking van art. 33 lid 2 Fw het beslag was vervallen, zodat de curator zich niet meer kon beroepen op bepalingen die de gevolgen van het betreffende beslag regelen, waaronder art. 505 lid 4 Rv (oud). Na overleg tussen de partijen werd het onroerend goed door de curator onderhands verkocht. De ontvangen koopsom ten bedrage van ruim f 182.000,— werd op een ten name van beide partijen staande geblokkeerde rekening gestort, in afwachting van de beslissing wie der partijen daarop rechthebbende zou zijn. Per

44 Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen, blz. 301.

45 De uitwerking van oplossing 1 in het voorbeeld van Korthals Altes komt overeen met oplossing 1 in mijn voorbeeld 9. Ook Verschoof (blz. 42) meent dat oplossing 1 de enige juiste is.

46 Thans: art. 505 lid 2 Rv.

de datum van faillietverklaring bedroeg de door de hypotheek gedekte vordering van de bank ruim f 220.000,— en de vordering van de beslaglegger (na uitwinning van een borg) bijna f 700.000,—. De Hoge Raad stelde de curator in het gelijk. Na te hebben gesteld dat art. 33 lid 2 Fw niet ertoe strekt elk rechtsgevolg van de beslaglegging teniet te doen gaan, overwoog hij (r.o. 3.1):

"Het strookt met dit stelsel (van de Faillissementswet, GAJB) en met de strekking van art. 505 lid 4 Rv aan te nemen dat na de faillietverklaring van de beslagdebiteur/hypotheekgever de curator zich ten behoeve van de boedel tegenover de hypotheekhouder kan beroepen op voormeld verbod en dat dit beroep tot gevolg heeft dat de hypotheekhouder de in art. 1223 lid 2 BW (oud, GAJB) bedoelde bevoegdheid niet kan uitoefenen, dat de opbrengst bij verkoop van het goed in de boedel valt *voor zover die opbrengst het beloop van de vordering van de beslaglegger niet overtreft*, en dat voor de uitdeling van het in de boedel gevallen bedrag de vordering van de hypotheekhouder wordt achtergesteld bij die van de beslaglegger zodat de hypotheekhouder met betrekking tot dat bedrag niet batig wordt gerangschikt (cursivering GAJB)."

De beslissing dat art. 33 lid 2 Fw aan een beroep door de curator op art. 505 lid 4 Rv (oud) niet in de weg staat kan ik onderschrijven. Opmerkelijk is echter de overweging dat de hypotheekhouder als gevolg van dat beroep zijn recht van parate executie niet meer zou kunnen uitoefenen. De consequentie daarvan zou moeten zijn dat de gehele opbrengst in de boedel valt. Uit de geciteerde overweging lees ik echter a contrario, dat de opbrengst voor het gedeelte dat zij de vordering van de beslaglegger overtreft, *niet* in de boedel valt. Een aantal overwegingen verder wordt parate executie door de hypotheekhouder ook geenszins uitgesloten. In r.o. 3.4 overweegt de Hoge Raad dat, indien de bank op de voet van art. 57 Fw zou hebben verkocht, zij de gehele opbrengst aan de curator zou moeten hebben afdragen, omdat de opbrengst van het goed minder bedraagt dan het bedrag waarvoor beslag is gelegd. Ik meen hierin te kunnen lezen, dat door het beroep van de curator op art. 505 lid 4 Rv (oud) de hypotheekhouder niet het recht verliest het onroerend goed paraat te executeren, en dat de hypotheekhouder het overschot onder zich mag houden, wanneer - anders dan in casu het geval was - de opbrengst de vordering van de beslaglegger overtreft⁴⁷.

47 In deze zin lees ik ook W.C.L. Van der Grinten in zijn noot onder dit arrest in NJ. Anders: D.J. van der Kwaak, Banque de Suez/Mr. Bijkerk q.q.: de Hoge Raad heeft zich niet vergist en is evenmin omgegaan, in: CJHB (Brunner-bundel), Deventer 1994, blz. 236.

Voor de omslag is dan niet méér beschikbaar dan een bedrag ten belope van de vordering van de schuldeiser die de separatist moet respecteren.

Ook op grond van bovengenoemd arrest concludeer ik dat oplossing 1 van voorbeeld 9 de juiste is. Van de opbrengst die een separatist heeft gerealiseerd door het uitoefenen van zijn recht van separate executie, kan de curator op grond van art. 57 lid 3 Fw niet méér in de boedel betrekken dan een bedrag ten belope van de vordering van de schuldeiser met een hogere rang dan de separatist. Slechts over dat bedrag moet een evenredig deel van de algemene faillissementskosten worden omgeslagen. Voor zover de executie-opbrengst de vordering van de hoger bevoorrechte schuldeiser overtreft, blijft deze buiten de boedel. De separatist kan zich op dat gedeelte van de opbrengst verhalen zonder dat daarover algemene faillissementskosten worden omgeslagen.

Tot zover de vraag die aan de hand van voorbeeld 9 werd gesteld. Een ander interessant vraagstuk ontstaat wanneer er twee of meer schuldeisers zijn met een hoger voorrecht dan de executerende separatist en de curator dus voor meer schuldeisers tegelijk ex art. 57 lid 3 Fw een gedeelte van de opbrengst moet claimen. Op welke wijze moet dan uitvoering worden gegeven aan het bepaalde in art. 182 Fw? Ook deze vraag kan het beste worden toegelicht aan de hand van een voorbeeld:

Voorbeeld 10

Een verpande zaak wordt geëxecuteerd door de pandhouder. Er zijn twee schuldeisers met een voorrecht op deze zaak die vóór de pandhouder gaan: een douane-expediteur op grond van art. 32a DW en een schuldeiser met het voorrecht van art. 3:284 BW wegens gemaakte kosten van behoud. De kosten van behoud zijn gemaakt nadat de zaak was verpand en na het ontstaan van de vordering van de douane-expediteur. Beide schuldeisers hebben een vordering van 100. De curator claimt ex art. 57 lid 3 Fw bij de pandhouder aldus een bedrag van $2 \times 100 = 200$. Over die 200 moet een bedrag van 10 aan algemene faillissementskosten worden omgeslagen.

Hoe moet de curator nu omslaan? Twee oplossingen zijn mogelijk:

Oplossing 1:

De curator slaat over beide geïncasseerde bedragen 5 om, zodat zowel aan de douane-expediteur als aan de schuldeiser met de vordering wegens gemaakte kosten van behoud een bedrag van 95 wordt uitgekeerd.

Oplossing 2:

De curator slaat de algemene faillissementskosten in één keer om over 200. Vervolgens wordt de schuldeiser met de vordering wegens gemaakte kosten van behoud als hoogst gerangschikte schuldeiser (zie art. 3:284 lid 3 BW) geheel voldaan. De douane-expediteur ontvangt de resterende 90.

Art. 182 Fw gaat uit van omslag 'over ieder deel van de boedel'. De vraag welke van de bovenstaande oplossingen juist is, hangt dus af van de vraag of we hier te maken hebben met één of met twee 'delen van de boedel'. De eerste oplossing gaat uit van twee afzonderlijke activa van ieder 100. In de tweede oplossing wordt het door de curator geïnde beschouwd als één activum van 200.

Oplossing 2 is mijns inziens de juiste. Weliswaar bestaat de bron voor de aanspraak van de curator ex art. 57 lid 3 Fw uit twee vorderingen, maar via de curator komt er één bedrag in de boedel. Er is dus sprake van één activum, waarop twee schuldeisers aanspraak kunnen maken. Bovendien gaat het om een aanspraak van twee schuldeisers op de opbrengst van één en dezelfde zaak. Beslissend is dan de onderlinge rangorde (art. 3:277 lid 1 BW). De consequentie is, dat de schuldeiser met de vordering wegens gemaakte kosten van behoud in het geschetste voorbeeld feitelijk niet bijdraagt in de omslag van de algemene faillissementskosten en daarom volledig wordt voldaan, omdat er toevallig nog een andere schuldeiser is die vóór de pandhouder doch na de vordering wegens gemaakte kosten van behoud gaat. Was dat niet het geval geweest, dan was de schuldeiser met de vordering wegens gemaakte kosten van behoud vanwege de omslag niet geheel voldaan. Dat lijkt op het eerste gezicht vreemd, maar dat geldt voor elke verhouding tussen een hoger- en lager gerangschikte schuldeiser. In elke rangorde is het zo, dat degene die onderaan staat 'de klappen krijgt'. Stel bijvoorbeeld dat in bovenstaande voorbeeld geen pandrecht op de betreffende zaak zou zijn gevestigd en deze dus door de curator zou zijn verkocht. Dan was de omslag in eerste instantie ook geheel ten laste gekomen van de douane-expediteur, wanneer de opbrengst niet toereikend zou zijn geweest om na de omslag beide schuldeisers geheel te voldoen.

Een laatste opmerking ter afsluiting van deze paragraaf. Ik heb geconstateerd dat de schuldeiser voor wie de curator ageert ex art. 57 lid 3 Fw, behalve de hoogst gerangschikte schuldeiser in de situatie zoals geschetst in voorbeeld 10, altijd moet bijdragen in de omslag van de algemene faillisse-

mentskosten. Hij zal zijn vordering dus nooit volledig voldaan kunnen krijgen uit het actief dat door de curator ex art. 57 lid 3 Fw is geïncasseerd. Zo bleef de Ontvanger in voorbeeld 9 voor 1.250 en de douane-expediteur in voorbeeld 10 voor 10 onvoldaan. Ook buiten de situatie waarin een separatist executeert, kan het voorkomen dat een schuldeiser met een bijzondere preferentie vanwege de omslag onvoldaan blijft. Dat zal het geval zijn wanneer diens vordering hoger is dan de opbrengst waarop de bijzondere preferentie rust, nadat daarop een evenredig deel van de algemene faillissementskosten in mindering is gebracht. Voor het resterende deel van de vordering waarvoor de bijzonder bevoorrechte crediteur, al dan niet wegens de omslag van de algemene faillissementskosten, niet is voldaan uit de bate waarop zijn voorrecht rustte, dient deze schuldeiser als concurrent op te komen bij de verdeling van het overige actief.

DE AFWIKKELING VAN EEN NEGATIEVE BOEDEL

5.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is steeds uitgegaan van de situatie waarin het boedelactief toereikend is om, na betaling van alle boedelschulden, nog uitkeringen te doen aan faillissementsschuldeisers. In die situatie speelt de vraag, ten laste van welke faillissementsschuldeisers de voorafbetaling van de boedelschulden geschiedt. Centraal staat dan de relatie tussen de faillissementsschuldeisers onderling.

Het komt echter regelmatig voor dat het boedelactief zelfs niet volstaat om alle boedelschulden integraal te betalen. Men spreekt dan van een 'negatieve boedel'¹. Een negatieve boedel vormt als het ware een faillissement binnen een faillissement². De faillissementsschuldeisers verdwijnen in een dergelijke situatie geheel uit beeld. Geen van hen zal iets ontvangen, behalve diegenen die zich buiten het faillissement om als separatist kunnen verhalen. Aan doorbelasting van boedelschulden aan de faillissementsschuldeisers komt men niet toe, zodat de problematiek van de omslag niet speelt. Wanneer de boedel negatief is rijst slechts de vraag, welke boedelschulden uit het ontoereikende actief nog kunnen worden voldaan. Centraal staat dus de relatie tussen de boedelschuldeisers onderling: welke rangorde nemen zij ten opzichte van elkaar in?

Tevergeefs zal men het antwoord op deze vraag zoeken in de Faillissementswet. Uit art. 16 Fw blijkt dat de wetgever wel heeft onderkend dat de boedel negatief kan zijn, maar de daaruit voortvloeiende problemen zijn kennelijk niet voorzien. De Faillissementswet is primair gericht op de ver-

-
- 1 Tegenover het begrip 'negatieve boedel' staat het begrip 'positieve boedel', waarmee de situatie wordt aangeduid waarin het boedelactief wél toereikend is om alle boedelschulden te betalen en vervolgens nog uitkeringen te doen aan faillissementsschuldeisers.
 - 2 Om die reden wordt ook wel de term 'boedelfaillissement' gebruikt. Dit moet overigens niet te letterlijk worden gezien: het is niet mogelijk de boedel c.q. de curator in zijn hoedanigheid failliet te verklaren; vgl. HR 26 april 1923, NJ 1923, blz. 833.

deling van het vermogen van de gefailleerde onder de faillissements-schuldeisers. Dat verklaart ook de relatief ruime aandacht in de Faillissementswet voor de verificatie der schuldvorderingen (vijfde afdeling), het akkoord (zesde afdeling) en de vereffening van de boedel (zevende afdeling). Faillissementen waarin de bepalingen uit de genoemde afdelingen worden toegepast zijn echter in de praktijk eerder uitzondering dan regel. In de meeste gevallen komt het helemaal niet tot vereffening of een akkoord en verloopt de afwikkeling van het faillissement anders dan de wetgever voor ogen stond³. Het faillissement eindigt vaak door opheffing.

Uit de faillissementscijfers die het Centraal Bureau voor de Statistiek om het jaar publiceert, blijkt dat van alle 5.466 in 1995⁴ beëindigde faillissementen, er 234 (4,3%) eindigden door een boedelvereffening (verificatievergadering en uitdeling), 195 (3,6%) met een akkoord en maar liefst 5.037 (92,2%) door opheffing⁵. Onder de opheffingen zijn zowel de gevallen van eigenlijke als van oneigenlijke opheffingen geregistreerd. In geval van een oneigenlijke opheffing kunnen, nadat de boedelschulden zijn betaald, nog slechts uitkeringen worden gedaan aan de superpreferente fiscus en de bedrijfsvereniging. De boedel is dan niet negatief. Van een negatieve boedel is slechts sprake in de gevallen van eigenlijke opheffing; alleen dan is het boedelactief niet voldoende om de boedelschulden te dekken. Het Centraal Bureau voor de Statistiek kon mij over het jaar 1994 gegevens aanleveren, waaruit blijkt hoe vaak faillissementen eindigen door eigenlijke opheffing:

Beëindigde faillissementen in 1994

	Totaal	Uitkering aan preferente en aan concurrente crediteuren	Geen uitkering aan preferente en aan con- currente crediteuren
Totaal	4.961	1.641	3.320
Waaronder opheffing	4.597	1.277	3.320

Bron: CBS

3 Vgl. R.D. Vriesendorp, De toekomst van de Faillissementswet, TvI 1996/5, blz. 142-143.

4 Laatstgepubliceerde cijfers.

5 CBS, Faillissementsstatistiek 1995, Voorburg/Heerlen 1996, blz. 23, staat 15. Deze cijfers over het jaar 1995 wijken niet veel af van de cijfers over de jaren daarvoor (vanaf 1985).

Uit deze gegevens blijkt, dat 67%⁶ van alle in 1994 beëindigde faillissementen eindigden door eigenlijke opheffing. Het aantal negatieve boedels ligt derhalve op ongeveer 2/3 van het totaal.

Welke zijn de oorzaken van dit grote aantal negatieve boedels? De oorzaken moeten zowel aan de activa-zijde (het geringe boedelactief) als aan de passiva-zijde (de grote omvang van de boedelschulden) worden gezocht. Het geringe boedelactief kan in veel gevallen worden verklaard door de sterke positie van separatisten en andere goederenrechtelijk gerechtigden⁷. Debet aan de hoge omvang van de boedelschulden zijn vaak de ex lege boedelschulden van de artt. 39 lid 1 en 40 lid 4 Fw, en ook fiscale boedelschulden die ontstaan bij uitwinning door separatisten⁸. Wanneer daarbij in aanmerking wordt genomen dat het aantal boedelschulden in de jurisprudentie langzaam maar zeker wordt uitgebreid⁹, moet worden gevreesd dat het aantal faillissementen waarin de boedel negatief is, in de toekomst nog verder zal toenemen.

Het ontbreken van wettelijke regels voor de beantwoording van de vraag, wanneer en in welke rangorde de boedelschulden moeten worden voldaan indien zij tezamen groter zijn dan het totale boedelactief, heeft tot discussie in de literatuur geleid. Een aantal schrijvers nam het standpunt in dat de boedelschulden in een dergelijk geval pondspondsgewijze onder de boedelschuldeisers zouden moeten worden verdeeld¹⁰. De meeste schrijvers

6 3.320/4.961 x 100%.

7 Zie hoofdstuk 4.

8 Hierbij moet met name worden gedacht aan de omzetbelasting die de gefailleerde verschuldigd is door de verkoop van een goed door een separatist, waarbij de separatist zich heeft verhaald op de verkoopopbrengst inclusief het daarin berekende bestanddeel aan omzetbelasting. Vgl. HR 6 mei 1983, NJ 1984, 228 m.nt. WMK (Rentekas-arrest).

9 Vgl. de arresten HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 m.nt. PvS (De Ranitz q.q./Ontvanger) en HR 12 november 1993, NJ 1994, 229 m.nt. WMK (Frima q.q./Blankers), waarin de Hoge Raad de des-WIR die ontstaat bij verkoop van een bedrijfsmiddel door de curator, respectievelijk de affinancieringsverplichting die ontstaat bij opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator, als boedelschulden heeft aangemerkt. In de paragrafen 1.8.4 en 1.8.5 heb ik deze uitspraken kritisch benaderd en erop gewezen, dat een consequente toepassing van de door de Hoge Raad gehanteerde criteria het aantal boedelschulden verder zal doen toenemen.

10 Zo bijvoorbeeld Smits, blz. 60-62 en B. Wachter in zijn noot onder het vonnis van de Rb. Arnhem van 18 juni 1982, NJ 1983, 249.

waren echter voorstanders van een interne rangorde tussen de boedel-schulden volgens de wettelijke regels van voorrang¹¹.

Nadat een aantal Rechtbanken reeds had geoordeeld dat er een rangorde van boedelschulden bestaat¹², en ook Minister van Justitie Van Agt¹³ van deze opvatting blijk had gegeven, kwam het verlossende woord van de Hoge Raad in het arrest van 28 september 1990, NJ 1991, 305 m.nt. PvS (De Ranitz q.q./Ontvanger). In dat arrest overwoog de Hoge Raad (r.o. 3.5):

"In het in 3.4. als juist aanvaarde stelsel ligt besloten dat, zo het actief van de boedel niet toereikend is om alle boedelschulden te voldoen, die schulden in beginsel naar evenredigheid van de omvang van elke schuld moeten worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang. Dit laatste is niet alleen van belang voor de voorrechten van de ontvanger en de bedrijfsvereniging, doch bepaalt ook de rang die toekomt aan hetgeen in geval van faillissement kan gelden als kosten van uitwinning en boedelredding, bedoeld in art. 1195 onder 1 BW (oud, GAJB), dan wel - in het tot een gelijk resultaat leidende stelsel van titel 10 van Boek 3 NBW - als kosten van executie en vereffening die zijn gemaakt, en vooraf uit de opbrengst moeten worden voldaan, teneinde de 'netto-opbrengst' te verkrijgen, die onder de daar-

-
- 11 Zo bijvoorbeeld Loeff, blz. 12 e.v.; H.R. Ribbius, De regeling der uitgaven in het Faillissement, R.M. 1909, blz. 472-473; Molengraaff/Star Busmann, blz. 521; A.W.J. van Vrijberghe de Coningh, De publiekrechtelijke privileges, in: Rechtskundige opstellen, aangeboden aan Prof.mr. E.M. Meijers, Zwolle 1935, blz. 271; M. Polak/N.J. Polak, blz. 344. Zie tevens P.P.L. Lucas, Boedelschulden bij voorbaat, NJB 1987, blz. 114-116 en R.J. Verschoof, Een nieuw soort schuldeiser in faillissement(?), WPNR 5814 (1987), blz. 55-56.
 - 12 Pondspondsgewijze verdeling behoudens de wettelijke redenen van voorrang vindt men in Rb. Utrecht 12 februari 1954, NJ 1954, 733; Rb. Arnhem 18 juni 1982, NJ 1983, 249 m.nt. BW (impliciet); Rb. Rotterdam 11 oktober 1985, NJ 1987, 186; Pres. Rb. Breda 4 maart 1994, KG 1994, 119; Rb. Breda 19 maart 1996, JOR 1996/38 m.nt. G.A.J. Boekraad en NJ Kort 1996, 34; Rb. Amsterdam 17 april 1996, JOR 1996/101 en Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 10 april 1997, JOR 1997/57.
 - 13 Bij de behandeling in de Tweede Kamer van een voorstel tot wijziging van enige bepalingen van de Faillissementswet (wet van 6 mei 1976, Stb. 280), merkte de Minister in de Nota n.a.v. EV II (11 085) met betrekking tot art. 16 Fw op: "Het is juist dat de Faillissementswet geen regeling bevat voor de vraag wanneer en in welke rangorde de boedelschulden moeten worden voldaan indien deze groter zijn dan het gehele actief. Blijkens de door de commissie van de Orde (aanvullend rapport van de door de Orde van Advocaten ingestelde commissie, gedateerd oktober 1974; eerste rapport gedateerd januari 1974, GAJB) vermelde literatuur is men thans van oordeel dat in dat geval voor die boedelschulden de algemene regels omtrent de voorrang gelden en dat bij gelijke preferentie ponsd-pondsgewijze verdeling volgt. De ondergetekende kan zich met die zienswijze verenigen." Bovenstaande citaat is te vinden in Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen, blz. 41-42.

voor in aanmerking komende schuldeisers moet worden verdeeld. Onder die kosten vallen in elk geval het salaris en de verschotten van de curatoren, zoals ook strookt met het bepaalde in art. 250 Fw."

De Hoge Raad heeft met deze uitspraak de heersende leer bevestigd: wanneer de boedel negatief is moeten de boedelschulden uit de netto-opbrengst worden voldaan volgens het in titel 3.10 BW vastgelegde stelsel van rangorde van schulden. De boedelschulden die binnen dat stelsel van gelijke rang zijn, moeten pondspondsgewijze worden voldaan. Met deze uitspraak is echter geenszins een einde gekomen aan de discussie over de wijze, waarop een negatieve boedel moet worden afgewikkeld. Een aantal vragen blijft onbeantwoord.

Zo is vooralsnog onduidelijk welke boedelschulden in geval van een negatieve boedel kunnen worden aangemerkt als kosten van executie en vereffening, die op grond van art. 3:277 lid 1 BW vooraf moeten worden voldaan om de netto-opbrengst te verkrijgen. Uit de geciteerde overweging is niet meer op te maken, dan dat daaronder in elk geval het salaris en de verschotten van de curator vallen. De vraag of, en zo ja welke, andere boedelschulden als zodanig kunnen worden aangemerkt laat de Hoge Raad onbeantwoord, omdat zij in het cassatiemiddel niet aan de orde was gesteld. In paragraaf 5.2 zal ik trachten die vraag te beantwoorden.

Een andere vraag die bij de afwikkeling van een negatieve boedel kan worden gesteld, is of er naast de wettelijke redenen van voorrang ook andere redenen kunnen bestaan om boedelvorderingen bij voorrang te voldoen. Bijzondere aandacht verdient het feit dat de curator, als beheerder en vereffenaar van de boedel, soms een beroep moet doen op prestaties van derden. Men kan denken aan een accountant, een makelaar of een taxateur, maar ook aan een leverancier van grondstoffen of energie. De curator zal met zo'n derde een overeenkomst moeten aangaan, op grond waarvan hij tegenover de prestatie van de derde zelf een tegenprestatie verschuldigd zal zijn in de vorm van een boedelschuld. Dit is in beginsel een concurrente boedelschuld, die volgens de wettelijke regels van rangorde pas als laatste mag worden betaald.

In de praktijk worden de door de curator ingeschakelde derden in de regel echter vooraf en integraal betaald. Wanneer zij niet vooraf zijn betaald worden ze vaak als eerste uit de negatieve boedel voldaan. Aan die handel-

wijze liggen vooral praktische motieven ten grondslag. Zou de curator dergelijke verplichtingen niet bij voorrang mogen voldoen, dan zou de afwikkeling van het faillissement welhaast onmogelijk worden. Niemand zal immers met de curator willen contracteren, wanneer niet zeker is of deze zijn verplichtingen zal kunnen nakomen. Bovendien loopt de curator het risico persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld, wanneer hij boedelschulden aangaat waarvan hij weet of behoort te weten, dat hij ze niet kan voldoen. Een (voorlopige) voortzetting van de failliete onderneming met het oogmerk deze op basis van 'going concern' te verkopen of een geleidelijke liquidatie zou hierdoor praktisch onmogelijk worden, terwijl dat ook in het geval van een negatieve boedel per saldo de hoogste opbrengst kan opleveren. Een adequate afwikkeling van het faillissement kan er dus toe noodzaken dat de curator buiten de rangregeling om concurrente vorderingen van door hem ingeschakelde derden bij voorrang voldoet, boven alle andere boedelschuldeisers, inclusief de superpreferente fiscus en bedrijfsvereniging. Laatstgenoemde instanties plegen zich daartegen niet te verzetten. Maar daarmee is, zoals De Liagre Böhl¹⁴ terecht opmerkt, het principiële probleem niet opgelost. De vraag is welke rechtsgrond een dergelijke betaling bij voorrang kan rechtvaardigen. Op die vraag wordt nader ingegaan in paragraaf 5.3. Daarbij zal tevens de vraag worden gesteld of er ook andere (concurrente) boedelschulden zijn die buiten de rangorde om bij voorrang kunnen worden voldaan, zoals bijvoorbeeld de verplichting tot restitutie van een aan de curator onverschuldigd betaald bedrag.

In paragraaf 5.4. wordt dit hoofdstuk afgesloten met een overzicht van de volgorde, waarin verschillende boedelschulden uit een negatieve boedel moeten worden voldaan.

5.2 Kosten van executie en vereffening bij een negatieve boedel

5.2.1 Een andere benadering dan bij een positieve boedel

De ratio die ten grondslag ligt aan de regel van art. 3:277 lid 1 BW, dat uit de bruto-opbrengst allereerst de kosten van executie en vereffening moeten worden voldaan is dat, wanneer verhaalsobjecten niet zouden worden ge-

14 De Liagre Böhl, blz. 256.

executeerd, geen enkele schuldeiser iets zou ontvangen. De vraag welke kosten als kosten van executie en vereffening kunnen worden aangemerkt, moet dan ook worden gezien in relatie tot de vraag, welke groep van schuldeisers uit de executie-opbrengst nog iets kan ontvangen.

In paragraaf 1.5.2 heb ik betoogd dat, buiten de situatie waarin de boedel negatief is, de kosten van executie en vereffening worden gevormd door alle boedelschulden. De reden daarvan is dat in dat geval het faillissement kan worden beschouwd als een gezamenlijke executie (een vereffening) ten behoeve van de faillissementsschuldeisers. Alle kosten die bij de realisering van dat doel ontstaan (alle boedelschulden) kunnen worden aangemerkt als kosten van executie en vereffening in de zin van art. 3:277 lid 1 BW. De boedelschulden moeten daarom eerst worden betaald, zodat de netto-opbrengst resteert die onder de faillissementsschuldeisers overeenkomstig hun rang kan worden verdeeld. In die zin zijn alle boedelschulden kosten van executie en vereffening ten behoeve van de faillissementsschuldeisers.

Wanneer de boedel negatief is, zodat zelfs de boedelschulden niet geheel kunnen worden voldaan, moeten de kosten van executie en vereffening in een heel ander verband worden gezien. De faillissementsschuldeisers zullen dan geen uitkering ontvangen, zodat het faillissement bezwaarlijk nog kan worden beschouwd als een gezamenlijke executie ten behoeve van de faillissementsschuldeisers. De enige schuldeisers die er nog belang bij hebben dat bestanddelen van de boedel worden geëxecuteerd en vereffend zijn de boedelschuldeisers. Zij zijn immers de enigen die uit de netto-opbrengst nog iets kunnen ontvangen. Als kosten van executie en vereffening kunnen dan alleen die boedelschulden worden aangemerkt, die nodig zijn om de negatieve boedel te executeren en te vereffenen ten behoeve van de boedelschuldeisers. Het zijn slechts die boedelschulden die, overeenkomstig het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger*, op grond van art. 3:277 lid 1 BW als eerste uit het ontoereikende boedelactief moeten worden voldaan. Hierna resteert de netto-opbrengst die onder de overige boedelschuldeisers kan worden verdeeld volgens de wettelijke regels van rangorde.

Blijkens het voorgaande is onjuist de opvatting van Ribbius¹⁵, dat het niet mogelijk is om enerzijds te stellen dat de integrale betaling van de boedel-

15 H.R. Ribbius, a.w. (R.M. 1909), blz. 471.

schulden berust op art. 1195 onder 1 BW (oud)¹⁶ en anderzijds dezelfde bepaling in te roepen om een aantal van deze boedelschulden boven andere preferent te verklaren. Ten onrechte maakt Ribbius bij de beantwoording van de vraag, welke kosten bevoorrecht zijn op grond van art. 1195 onder 1 BW (oud), geen onderscheid tussen enerzijds de situatie waarin er in de boedel voldoende actief aanwezig is om uitkeringen te doen aan faillissementsschuldeisers, en anderzijds de situatie waarin de boedel zelfs niet toereikend is om alle boedelschulden te voldoen. In het eerste geval gaan alle boedelschuldeisers op grond van art. 3:277 lid 1 BW vóór alle faillissementsschuldeisers. In het tweede geval moeten slechts enkele boedelschulden op grond van dezelfde bepaling vóór andere boedelschulden worden voldaan.

5.2.2 *Eigenlijke executiekosten*

In het kader van de afwikkeling van een positieve boedel heb ik de kosten van executie, in dat geval alle boedelschulden, onderverdeeld in eigenlijke executiekosten en vereffeningskosten¹⁷. In het arrest *De Ranitz* q.q./Ontvanger wordt slechts gerefereerd aan art. 1195 onder 1 BW (oud). Die bepaling zag slechts op de vereffeningskosten. Bij de afwikkeling van een negatieve boedel kan mijns inziens echter evenzeer een onderscheid worden gemaakt tussen kosten die zijn gemaakt om een individueel bestanddeel uit de negatieve boedel te executeren - de eigenlijke executiekosten - en de kosten die zijn gemaakt om de negatieve boedel in zijn geheel te vereffenen ten behoeve van de boedelschuldeisers: de vereffeningskosten.

De kosten die bij een negatieve boedel als eigenlijke executiekosten kunnen worden aangemerkt, zijn alle boedelschulden die ook in geval van een positieve boedel als zodanig kunnen worden aangemerkt: de bijzondere faillissementskosten dus. Voor het karakter van de bijzondere faillissementskosten is het namelijk niet van belang of de boedel positief dan wel negatief is. Ze zijn noodzakelijk om tot executie van een bepaald goed te geraken en moeten daarom als executiekosten ex art. 3:277 lid 1 BW vooraf uit de bruto-opbrengst van dat goed worden voldaan, ongeacht de vraag of

16 Waaraan ik toevoeg: art. 1185 onder 1 BW (oud). Thans zijn deze bepalingen vervangen door de regeling van het huidige art. 3:277 lid 1 BW; vgl. de paragrafen 1.5.2 en 2.2.4.

17 Zie de paragrafen 1.5.2 en 2.2.4.

de netto-opbrengst vervolgens onder de faillissementsschuldeisers (bij een positieve boedel) of onder de boedelschuldeisers (bij een negatieve boedel) wordt verdeeld. Zoals de bijzondere faillissementskosten in geval van een positieve boedel kunnen worden aangemerkt als eigenlijke executiekosten ten behoeve van de faillissementsschuldeisers, zo kunnen zij bij de vereffening van een negatieve boedel worden beschouwd als eigenlijke executiekosten ten behoeve van de (andere) boedelschuldeisers. In paragraaf 2.2.5 heb ik reeds betoogd dat de categorie bijzondere faillissementskosten eng moet worden opgevat: daaronder vallen slechts die kosten die ook buiten faillissement als executiekosten worden aangemerkt en daarom ex art. 3:277 lid 1 BW met voorrang uit de bruto-opbrengst van het geëxecuteerde goed moeten worden voldaan.

5.2.3 Vereffeningskosten

5.2.3.1 Niet alle algemene faillissementskosten

Het verschil in problematiek tussen de positieve en de negatieve boedel zoals beschreven in paragraaf 5.2.1, doet zich slechts gelden ten aanzien van de vraag welke boedelschulden kunnen worden aangemerkt als kosten van executie van de negatieve boedel in zijn geheel, dat wil zeggen als vereffeningskosten. Niet alle boedelschulden die in geval van een positieve boedel als vereffeningskosten voor omslag in aanmerking komen (de algemene faillissementskosten), zijn ook in de situatie van een negatieve boedel als vereffeningskosten aan te merken. Dat is alleen al logisch omdat, zoals ik in paragraaf 2.3.4 heb betoogd, alle boedelschulden die geen bijzondere faillissementskosten zijn tot de algemene faillissementskosten behoren. Wanneer aan alle boedelschulden ook bij de afwikkeling van een negatieve boedel de preferentie van art. 3:277 lid 1 BW zou toekomen, zou deze bepaling geen rangorde aanbrengen tussen de boedelschulden onderling.

In paragraaf 2.3 is echter gebleken dat de opvatting, dat alle boedelschulden die niet tot de bijzondere faillissementskosten behoren als algemene faillissementskosten moeten worden aangemerkt, niet door iedereen wordt gedeeld. Bij de beantwoording van de vraag welke boedelschulden voor omslag ex art. 182 Fw in aanmerking komen - een vraag die alleen speelt bij de afwikkeling van een positieve boedel - wordt door sommige schrijvers een onderscheid gemaakt tussen algemene faillissementskosten en overige boedelschulden. Ik duidde deze opvatting aan als de enge leer van

de algemene faillissementskosten. Onder algemene faillissementskosten verstaat men in deze leer de kosten die onder het oude recht waren bevoorrecht op grond van art. 1195 onder 1 BW (oud), welke door de Hoge Raad in het arrest van 21 december 1951, NJ 1952, 563 werden omschreven als 'kosten, welke op wettige wijze gemaakt, ertoe strekken de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te vereffenen en de opbrengst daarvan, naar de eis der wet, onder hen te verdelen'¹⁸.

In paragraaf 2.3.4 heb ik betoogd dat dit een te enge omschrijving van de algemene faillissementskosten is. De algemene faillissementskosten zijn niet alleen de kosten die daadwerkelijk strekken tot vereffening, maar evenzeer de kosten die noodzakelijkerwijs zijn gemaakt in het kader van de vereffening van de boedel. Naar de maatstaven van de wetgever en de Hoge Raad vallen onder die omschrijving ook de boedelschulden die in de enge leer als overige boedelschulden worden aangemerkt: de huur- en loonverplichtingen waartegenover geen prestatie van de verhuurder respectievelijk werknemer staat, de affinancieringsverplichting en de naheffingsaanslag voor omzetbelasting waartegenover geen evenredige bate staat. Ik meen dat men op goede gronden kan betwijfelen of het juist is dat de wetgever en de Hoge Raad deze schulden als vereffeningskosten en derhalve als boedelschulden hebben gekwalificeerd. Daaraan mag echter niet de conclusie worden verbonden dat deze boedelschulden niet voor omslag in aanmerking zouden komen.

Afgezien van dit meningsverschil, is het interessant om na te gaan welke oplossing de verdedigers van de enge leer van het begrip algemene faillissementskosten aandragen voor de wijze waarop een negatieve boedel moet worden afgewikkeld. Ook in die situatie achten zij het onderscheid tussen algemene faillissementskosten en overige boedelschulden relevant. Zij menen dat de algemene faillissementskosten dan krachtens art. 1195 onder 1 BW (oud), thans art. 3:277 lid 1 BW, voorrang hebben boven de overige boedelschulden¹⁹. Zo zouden onder meer het salaris en verschotten van de curator, de griffiekosten, de advertentiekosten en de som die is uitgekeerd ter voorziening in het levensonderhoud van de gefailleerde en

18 Vgl. M. Polak/N.J. Polak, blz. 340.

19 Vgl. M. Polak/N.J. Polak, blz. 344; H.R. Ribbius, a.w. (R.M. 1909), blz. 473 en Molengraaff/Star Busmann, blz 521.

diens huisgezin (art. 100 Fw) de voorrang van art. 1195 onder 1 BW (oud) genieten²⁰.

Deze visie is overgenomen door Minister van Justitie Van Agt in zijn Nota naar aanleiding van het Eindverslag van de Tweede Kamer met betrekking tot een wetsvoorstel dat - onder meer - heeft geleid tot wijziging van art. 16 Fw²¹. De minister overwoog dat:

"(...) kan worden betwijfeld of in zijn algemeenheid wel juist is de door de commissie van de Orde²² geuite veronderstelling dat de curator, indien het vooruitzicht bestaat dat de boedel ontoereikend is, geen enkele betaling kan doen vóór en aler de omvang van de boedel vastgesteld is. Ter zake van de hier aan de orde zijnde boedel-schuld, de kosten van advertenties welke plaatsing in de eerste titel van de Faillissementswet wordt bevolen, is de ondergetekende, in overeenstemming met de in de literatuur naar voren gebrachte standpunten (zie bijv. Polak, Faillissement en sur-séance van betaling, 7e druk, blz. 340 tot en met 344) van mening dat deze kosten vallen onder de algemene faillissementskosten, ofwel boedelberedderingskosten. Deze moeten krachtens artikel 1195 onder 1 BW (oud, GAJB) allereerst worden voldaan, tezamen met de overige algemene faillissementskosten, en vóór andere boedelschulden. Het is derhalve niet juist dat de curator geen enkele betaling zou kunnen doen vóór de omvang van de boedel in zijn geheel is vastgesteld: hij kan dit doen zodra de algemene faillissementskosten zijn vastgesteld, en in de mate waarin daarvoor reeds baten beschikbaar zijn. Het is ondergetekende dan ook niet duidelijk op grond waarvan de commissie van de Orde aan het slot van het aanvullend rapport, in strijd met bovenvermelde heersende mening, stelt dat deze advertentiekosten niét zouden vallen onder de kosten gemaakt ter boedelredding, welke allereerst moeten worden gedaan."²³

De redenering van de aangehaalde schrijvers en de geciteerde Minister acht ik, naast het feit dat daardoor het begrip algemene faillissementskosten te beperkt wordt uitgelegd, ook anderszins onjuist. De redenering komt erop neer dat de boedelschulden, die in de situatie van een positieve boedel worden aangemerkt als vereffeningskosten, ook als vereffeningskosten voorrang genieten in de situatie waarin de boedel negatief is. Zoals ik in paragraaf 5.2.1 reeds heb opgemerkt, moet men bij de beantwoording van

20 M. Polak/N.J. Polak, blz. 344.

21 Wet van 6 mei 1976 (Stb. 1976, 280), houdende wijziging van enige bepalingen van de Faillissementswet.

22 Aanvullend rapport van de door de Orde van Advocaten ingestelde commissie, gedateerd oktober 1974. Eerste rapport gedateerd januari 1974.

23 Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, wetwijzigingen, blz. 41-42.

de vraag, aan welke boedelschulden de preferentie van art. 3:277 lid 1 BW toekomt, steeds voor ogen houden ten behoeve van welke schuldeisers de boedel wordt geëxecuteerd en vereffend. Bij een positieve boedel geschiedt dat ten behoeve van de faillissementsschuldeisers, bij een negatieve boedel slechts ten behoeve van de boedelschuldeisers. Dat in het eerstgenoemde geval bepaalde boedelschulden als vereffeningskosten vóór alle faillissementsschulden gaan, betekent nog niet dat deze boedelschulden ook in geval van een negatieve boedel kunnen worden beschouwd als kosten die zijn gemaakt om de boedel ten behoeve van de andere boedelschuldeisers te vereffenen.

Zo ligt het voor de hand dat de advertentiekosten van art. 14 lid 3 Fw in rang boven de faillissementsschuldeisers gaan. Ze zijn immers gemaakt om de vereffening van de boedel ten behoeve van de faillissementsschuldeisers mogelijk te maken. Maar wanneer de boedel negatief blijkt te zijn, kan men toch moeilijk volhouden dat de advertentiekosten zijn gemaakt ten behoeve van de boedelschuldeisers. Anders dan de Minister is mij daarom wel duidelijk waarom de commissie van de Orde van mening was dat de bedoelde advertentiekosten, in de situatie waarin de boedel negatief is, niet vallen onder de kosten van boedelredding welke allereerst moeten worden voldaan. Juist acht ik in dit verband de volgende opmerking van Smits:

"Deze opvatting²⁴, dat binnen de groep der boedelschulden de kosten welke rechtstreeks uit de bepalingen der F.w. voortvloeien, als kosten van boedelredding en uitwinning zouden voorgaan vóór de andere boedelschulden is, meen ik, niet houdbaar. De boedel wordt *niet* ten behoeve der *boedelschuldeisers* vereffend en verdeeld. Deze staan juist buiten de faillissementsprocedure. Vele der bedoelde kosten raken hen in het geheel niet (griffiekosten, kosten voor oproepingen bij advertentie)."²⁵

24 Smits refereert aan het standpunt van W.L.P.A. Molengraaff, De Faillissementswet verklaard, 2e druk, 's-Gravenhage 1914, blz. 556. Molengraaff sluit zich aan bij de regel die Ribbius (a.w., blz. 473) reeds in 1909 formuleerde, dat de kosten die het karakter hebben van 'gerechtskosten uitsluitend veroorzaakt door uitwinning en boedelredding' (art. 1195 onder 1 BW) vóór boedelschulden van andere aard gaan. Hij legt deze regel als volgt uit: het ontoereikende actief moet eerst worden aangewend ter voldoening van de kosten 'welke rechtstreeks uit de Fw voortvloeien', terwijl daarna de andere, door de curator gemaakte schulden en boedelschulden krachtens wetsbepaling aan de beurt komen.

25 Smits, blz. 61.

Geconcludeerd kan worden dat de categorie boedelschulden die in geval van een negatieve boedel als vereffeningskosten vóór andere boedelschulden gaan, niet gelijk is aan de categorie algemene faillissementskosten die in geval van een positieve boedel als vereffeningskosten op de voet van art. 182 Fw moeten worden omgeslagen. De eerstgenoemde categorie is beperkter. De vraag welke boedelschulden daartoe behoren zal ik in het navolgende trachten te beantwoorden.

5.2.3.2 *Salaris en verschotten van de curator*

In het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* overweegt de Hoge Raad dat onder de kosten van executie en vereffening in ieder geval het salaris en de verschotten van de curator vallen²⁶. Dit acht ik juist, in tegenstelling tot *De Liagre Böhl*²⁷. Deze schrijver meent dat het aanmerken van het volledige salaris en alle verschotten van de curator als kosten van executie en vereffening in de relatie tot de overige boedelschuldeisers, in strijd is met de reeds genoemde ratio van art. 1195 onder 1 BW (oud) (thans art. 3:277 lid 1 BW). Het zijn, zo stelt *De Liagre Böhl*, immers vooral de faillissementsschuldeisers en niet zozeer de boedelschuldeisers die bij de meeste activiteiten van de curator belang hebben. Ten opzichte van de boedelschuldeisers behoort de boedelvordering van de curator volgens hem slechts tot de vereffeningskosten, voor zover het gaat om de (beperkte) activiteiten van de curator die betrekking hebben op de verdeling van een negatieve boedel onder de boedelschuldeisers.

Terecht gaat *De Liagre Böhl* ervan uit dat als kosten van executie en vereffening in geval van een negatieve boedel slechts kunnen gelden de kosten, die gemaakt zijn ten behoeve van de boedelschuldeisers. Dat komt overeen met hetgeen ik in paragraaf 5.2.1 heb betoogd. Ik meen echter dat de activiteiten van de curator per definitie ten behoeve van alle schuldeisers, dus ook de boedelschuldeisers, strekken. Als een van overheidswege aangesteld persoon, die belast is met het beheer en de vereffening van de

26 Vgl. Hof Amsterdam 25 mei 1971, NJ 1972, 245 en Rb. 's-Gravenhage 3 oktober 1966, NJ 1967, 429: wanneer een nalatenschap na beneficiaire aanvaarding failliet wordt verklaard, moet het honorarium van de boedelnotaris (een vereffenaar als de faillissementscurator) als kosten in de zin van art. 1195 onder 1 BW (oud) bij voorrang worden voldaan.

27 *De Liagre Böhl*, blz. 255.

boedel, staat de curator als het ware boven de partijen. Het is zijn taak een zo hoog mogelijk boedelactief te realiseren en dit vervolgens onder de daarvoor in aanmerking komende schuldeisers te verdelen. Welke schuldeisers dat uiteindelijk blijken te zijn, mag naar mijn mening niet bepalen welke rangorde toekomt aan de vordering van de curator. Het is inderdaad mogelijk dat de curator in het begin van het faillissement activiteiten ontplooit waarvan hij meent dat deze in het belang zijn van de faillissementsschuldeisers, doch in de loop der tijd bemerkt dat de boedel negatief is en geen enkele faillissementsschuldeiser dus een uitkering zal ontvangen. Achteraf zal men dan moeten concluderen dat de aanstelling van de curator, en de activiteiten die hij in die hoedanigheid heeft verricht, alleen belang hebben gehad voor de boedelschuldeisers. Voor het karakter van zijn vordering maakt dit echter geen verschil.

Dat de boedelvordering van de curator als zijnde vereffeningskosten vooraf uit de negatieve boedel moet worden voldaan, komt mij ook billijk en wenselijk voor. Het is billijk omdat het niet aangaat om van iemand, die van overheidswege is aangesteld om een min of meer publieke functie te bekleden, te verlangen dat hij niet alleen onbetaalde arbeid verricht, maar ook nog kosten moet dragen zoals reiskosten, telefoon- en portokosten en kosten van administratieve ondersteuning. Dat is ook de gedachte van de wetgever geweest. Gewezen kan worden op het bepaalde in art. 16 lid 2 Fw. Weliswaar volgt daaruit niet rechtstreeks dat de curator vóór alle andere boedelschuldeisers gaat, maar uit het feit dat hem in geval van opheffing een recht op salaris wordt toegekend, kan worden afgeleid dat ook de wetgever de curator niet onbetaald wil laten²⁸. Dat uitgangspunt is ook terug te vinden in het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger*. De Hoge Raad verwijst voorts naar art. 250 Fw, waarin is bepaald dat het salaris van de bewindvoerder in geval van surséance van betaling bij voorrang moet worden voldaan.

28 Overigens wordt ook in het standaardvoorbeeld van een (concept-)financieel eindverslag, dat als bijlage is opgenomen in de 'Richtlijnen in faillissementen en surséances van betaling d.d. 31 december 1996' (zie hoofdstuk 4, noot 19), ervan uitgegaan dat het salaris en de verschotten van de curator als eerste uit het ontoreikende boedelactief worden voldaan. Dit - uiteraard - afgezien van de reeds betaalde boedelschulden. Zie onderdeel G en de toelichting onder nr. 3.

Dat een curator zo veel mogelijk verzekerd is van betaling van zijn salaris en verschotten, is niet alleen billijk ten opzichte van de curator, maar ook om een andere reden wenselijk. Zou de curator niet een bevoorrechte verhaalspositie innemen, dan zou dit ertoe kunnen leiden dat curatoren in het zicht van een negatieve boedel een maatschappelijk ongewenste mate van terughoudendheid zouden betrachten bij het ontplooiën van initiatieven²⁹. Welke curator zal dan nog een uitgebreid onderzoek verrichten naar mogelijke paulianeuze handelingen? En welke curator zal dan nog een gerechtelijke procedure starten, waarin wellicht nog kansen voor de boedel liggen? Het risico dat de uren die daaraan worden besteed niet zullen worden vergoed, zal menig curator de moed en de wil ontnemen zijn nek verder uit te steken dan strikt noodzakelijk is.

5.2.3.3 *Overige vereffeningskosten: alle boedelschulden, ontstaan na het constateren van een negatieve boedel?*

Nu dient nog de vraag te worden beantwoord of - en zo ja welke - andere boedelschulden, behalve het salaris en de verschotten van de curator, als vereffeningskosten ten behoeve van de boedelschuldeisers kunnen worden aangemerkt. Met name rijst de vraag, of de kosten van door de curator ingeschakelde derden als zodanig kunnen worden aangemerkt. Een bevestigende beantwoording van die vraag lijkt mij verdedigbaar, voor zover deze derden zijn ingeschakeld ten behoeve van executie, vereffening en verdeling van het boedelactief. Men kan daarbij denken aan taxateurs, make-laars, administratieve krachten e.d. Moeilijker wordt het, wanneer bijvoorbeeld een leverancier in het kader van een bedrijfsvoortzetting bepaalde producten heeft geleverd. Van deze kosten van leverantie kan niet altijd worden beweerd dat ze zijn gemaakt om de boedel te vereffenen ten behoeve van de boedelschuldeisers. De curator zal deze leverancier in beginsel dus niet vooraf en integraal kunnen betalen op grond van het bepaalde in art. 3:277 lid 1 BW.

Toch zoekt Verstijlen³⁰ de oplossing voor de vraag of, en zo ja welke, ingeschakelde derden de curator vooraf en integraal mag betalen in de kosten

29 Vgl. Rb Breda, 19 maart 1996, JOR 1996/38 m.nt. G.A.J. Boekraad en NJ Kort 1996, 34.

30 F.M.J. Verstijlen, Van verrijking en verhaal binnen (boedel)faillissement, NTBR 1995, blz. 93-96.

van executie en vereffening. Ook Verstijlen stelt voorop dat als kosten van executie en vereffening in de situatie van een negatieve boedel slechts kunnen gelden de kosten die zijn gemaakt ten behoeve van de boedelschuldeisers. Het antwoord op de vraag welke boedelschulden als zodanig kunnen worden aangemerkt, stelt hij afhankelijk van het moment waarop een boedelschuld is gemaakt. Alle boedelschulden die worden gemaakt na het moment waarop is gebleken dat de boedel negatief is, merkt hij aan als kosten van executie en vereffening, die vooraf moeten worden voldaan voordat het tot een uitkering kan komen aan de oude boedelschuldeisers.

Deze oplossing is in zoverre aantrekkelijk, dat een analogie kan worden gelegd met de situatie waarin de boedel positief is. In dat geval wordt door de faillietverklaring een grens getrokken tussen de schulden die daarvóór zijn gemaakt, de faillissementsschulden, en schulden die daarna zijn ontstaan, de boedelschulden. Zoals in hoofdstuk 1 al bleek, gelden in dat geval alle boedelschulden als kosten van executie en vereffening, die vooraf uit het actief moeten worden voldaan alvorens de netto-opbrengst resteert die onder de faillissementsschuldeisers kan worden verdeeld. In de visie van Verstijlen gelden alle boedelschulden die ontstaan na het moment waarop een negatieve boedel wordt geconstateerd, als het ware als boedelschulden van de negatieve boedel of, zoals hij deze noemt, van het boedelfaillissement. Deze nieuwe boedelschulden gaan dan vóór de oude boedelschulden om dezelfde reden als waarom de boedelschulden in een gewoon faillissement vóór alle faillissementsschulden gaan.

Ondanks deze fraaie vergelijking tussen de afwikkeling van een faillissement met een positieve boedel en die van een faillissement met een negatieve boedel, zou ik Verstijlen niet willen volgen. Aan zijn systeem kleven diverse bezwaren. Om te beginnen zal het in veel gevallen niet eenvoudig zijn om objectief vast te stellen op welk moment moet worden aangenomen dat de boedel negatief is. Een boedelfaillissement wordt, in tegenstelling tot een 'gewoon' faillissement, immers niet uitgesproken. Soms zal een duidelijk omslagpunt kunnen worden aangewezen. Men kan daarbij denken aan het moment waarop een transactie om het failliete bedrijf op basis van going concern te verkopen, afketst. Als voorbeeld kan ook worden genoemd het geval waarin de curator een procedure voert omdat hij meent daarmee een vordering in de boedel te kunnen betrekken. Wanneer de curator de procedure verliest wordt hij enerzijds geconfronteerd met extra boedelschulden vanwege de proceskosten; anderzijds blijkt een bepaald

activum, waarvan hij dacht dat het in de boedel aanwezig was, er niet te zijn. Vanaf dat moment zal vaak duidelijk zijn dat de boedel negatief is. In andere gevallen zal dat moment echter minder gemakkelijk kunnen worden bepaald.

Een andere vraag die in de oplossing van Verstijlen rijst, is of ook de ex lege boedelschulden van de artt. 39 en 40 Fw en de jurisprudentiële boedelschulden (de des-WIR en de affinancieringsverplichting) als kosten van executie en vereffening moeten worden aangemerkt, voor zover ze vervallen na het moment waarop de negatieve boedel is geconstateerd. Wanneer men de analogie met de afwikkeling van een positieve boedel consequent doortrekt, ontkomt men daar niet aan. Dan blijft echter het probleem, dat door de curator ingeschakelde derden niet vóór deze boedelschulden kunnen worden voldaan.

De oplossing van Verstijlen behelst voorts een zekere willekeur. De leverancier, die aan de curator heeft geleverd vóór het moment waarop de negatieve boedel is geconstateerd, heeft slechts een concurrente boedelschuld. Heeft daarentegen de leverancier dezelfde noodzakelijke leverantie verricht na dat moment, dan zal hij op grond van art. 3:277 lid 1 BW bij voorrang worden betaald. Overigens moet worden toegegeven dat die willekeur er ook is rond de datum der faillietverklaring in een faillissement met een positieve boedel: heeft een leverancier vóór het faillissement goederen op krediet aan de schuldenaar geleverd, dan heeft hij slechts een concurrente faillissementsvordering; heeft hij na de faillietverklaring geleverd, dan heeft hij een boedelvordering.

Tenslotte biedt het systeem van Verstijlen geen oplossing in de gevallen waarin vanaf de dag der faillietverklaring reeds duidelijk is dat de boedel negatief is. Dat is niet ondenkbaar, aangezien boedelschulden niet alleen gedurende het faillissement door toedoen van de curator ontstaan. Te denken valt weer aan de ex lege boedelschulden en de affinancieringsverplichting. Reeds van het begin af aan kan duidelijk zijn, dat deze boedelschulden in omvang het boedelactief overschrijden. In het systeem van Verstijlen zijn alle boedelschulden dan aan te merken als kosten van executie en vereffening. Art. 3:277 lid 1 BW zal in dat geval niet meer kunnen worden ingeroepen om de ene boedelschuld vóór de andere boedelschuld te voldoen.

Geconcludeerd kan worden dat met een beroep op art. 3:277 lid 1 BW niet altijd kan worden gerechtvaardigd dat bepaalde boedelschulden in de praktijk veelal bij voorrang worden voldaan. Het heeft daarom mijn voorkeur de oplossing voor dit probleem te zoeken in de vraag of boedelschulden, in geval van een negatieve boedel, buiten een rangregeling om bij voorrang mogen worden voldaan. In de volgende paragraaf wordt op deze vraag nader ingegaan.

5.3 Grondslagen voor betaling van boedelschulden buiten de wettelijke rangregeling om

5.3.1 *Volgorde volgens de wettelijke rangregeling*

Volgens het wettelijk systeem van rangorde waarnaar de Hoge Raad verwijst in het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* moeten de boedelschulden, wanneer het boedelactief niet toereikend is om alle boedelschulden te voldoen, in de navolgende volgorde worden voldaan:

Boedelschulden die zijn te beschouwen als 'kosten van executie en vereffening' van de negatieve boedel in de zin van art. 3:277 lid 1 BW:

1. eigenlijke executiekosten (bijzondere faillissementskosten³¹);
2. vereffeningskosten (salaris en verschotten curator).

Na voldoening van bovengenoemde kosten resteert de netto-opbrengst die als volgt moet worden verdeeld:

3. boedelschulden met 'superpreferentie' (onder andere de fiscus ex art. 21 Iw en de bedrijfsvereniging ex art. 16 Coördinatiewet Sociale Verzekering);
4. boedelschulden met bijzondere preferentie;
5. boedelschulden met algemene preferentie (onder andere de bedrijfsvereniging met een boedelvordering wegens na faillietverklaring overgenomen loon- en premieverplichtingen, waaraan de preferentie van art. 3:288 onder e BW toekomt);

31 In enge zin; zie paragraaf 2.2.5.

6. concurrente boedelschulden.

Uit dit overzicht blijkt dat de eigenlijke executiekosten (1) voorrang hebben boven de vereffeningskosten (2). Dat volgt mijns inziens uit het systeem van de wet. De eigenlijke executiekosten moeten van een bepaalde bate worden afgetrokken teneinde de netto-opbrengst ervan te verkrijgen. De vereffeningskosten moeten vervolgens worden voldaan uit de boedel die bestaat uit alle netto-opbrengsten in vorenbedoelde zin. Daarna resteert de beschikbare opbrengst ter verdeling onder de overige boedelschulden in bovenomschreven volgorde.

Reeds meermalen heb ik erop gewezen dat boedelschulden in de praktijk niet altijd in bovenvermelde volgorde worden voldaan. Sommige boedelschulden die als concurrent moeten worden aangemerkt, worden veelal bij voorrang betaald. Dit geldt met name voor de verplichtingen die de curator is aangegaan jegens derden. De betaling van deze boedelschulden bij voorrang kan niet (altijd) worden gerechtvaardigd door ze als kosten van executie en vereffening aan te merken, zo bleek uit het voorgaande. Derhalve dient te worden nagegaan, of dergelijke boedelschulden buiten de wettelijke rangorde om bij voorrang kunnen worden voldaan.

In de in paragraaf 5.1 geciteerde overweging van de Hoge Raad in het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* valt op dat de Hoge Raad een slag om de arm houdt. Volgens de Hoge Raad moeten de boedelschulden in beginsel naar evenredigheid worden voldaan, behoudens de wettelijke voorrangsregels. Deze formulering houdt de mogelijkheid open voor uitzonderingen. In het navolgende zal worden onderzocht of voor de hiervoor genoemde concurrente boedelschulden inderdaad een uitzondering op de rangregeling kan worden gemaakt.

5.3.2 *Eigenlijke boedelschulden versus oneigenlijke boedelschulden*

Bijna alle schrijvers die in het kader van de omslagproblematiek geen onderscheid willen maken tussen algemene faillissementskosten en overige boedelschulden, maken wel onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke boedelschulden. Als eigenlijke boedelschulden worden - kort gezegd - die boedelschulden aangemerkt, die de curator zelf veroorzaakt heeft. Boedelschulden waarvan de curator het ontstaan niet heeft kunnen verhinderen, worden beschouwd als oneigenlijke boedelschulden. Tot deze oneigenlijke

boedelschulden rekent men de huur- en loonverplichtingen die hun karakter van boedelschulden louter aan de wet ontleen (artt. 39 lid 1 en 40 lid 4 Fw), en waartegenover geen prestatie van de verhuurder respectievelijk werknemers staat. Tot de oneigenlijke boedelschulden worden ook wel gerekend de des-WIR, de affinancieringsverplichting en - door sommigen - ook de naheffingsaanslag omzetbelasting waartegenover geen bate staat omdat een separatist zich op de opbrengst inclusief omzetbelasting heeft verhaald. In de situatie waarin de boedel positief is, heeft het onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke boedelschulden volgens de aanhangers van deze visie geen praktisch belang: beide categorieën behoren tot de algemene faillissementskosten en komen derhalve voor omslag in aanmerking³².

Door sommigen wordt echter verdedigd, dat in geval van een negatieve boedel de eigenlijke boedelschulden voorrang hebben boven de oneigenlijke boedelschulden³³. Binnen beide categorieën zouden dan de wettelijke regels van rangorde gelden. Opmerkelijk is dat de oneigenlijke boedelschulden, die in deze visie zijn achtergesteld ten opzichte van de eigenlijke boedelschulden, dezelfde boedelschulden zijn die volgens de in paragraaf 5.2.3.1 besproken opvatting behoren tot de 'overige boedelschulden' die in rang zijn achtergesteld ten opzichte van de algemene faillissementskosten. Waar het aankomt op de afwikkeling van een negatieve boedel, is het verschil in opvatting zoals beschreven in paragraaf 2.3 tussen de aanhangers van de enge opvatting van het begrip algemene faillissementskosten en de aanhangers van de ruime opvatting van dat begrip, dus minder groot dan wellicht wordt verondersteld³⁴.

Een verschil in opvatting blijft echter bestaan ten aanzien van de vraag waarom de ene categorie boedelschulden moet worden voldaan vóór de andere categorie. Volgens de aanhangers van de enge opvatting van het

32 Dit laatste heb ik onderschreven in paragraaf 2.3.4.

33 Deze opvatting vindt men bij A.W.J. van Vrijberghe de Coningh, *De publiekrechtelijke privileges*, in: *Rechtskundige opstellen, aangeboden aan Prof.mr. E.M. Meijers*, Zwolle 1935, blz. 271; *De Liagre Böhl*, blz. 254 e.v.; M.C.J. Oonk-Pallandt, *Boedelschulden, faillissementskosten en afwikkeling van een negatieve boedel*, V&O 1996, blz. 2-5; Van Galen, *WPNR* 1996, blz. 417 en A. van Hees, *De negatieve faillissementsboedel*, in: *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer 1997, blz. 577-586.

34 Vgl. P.P.L. Lucas, *Boedelschulden bij voorbaat*, *NJB* 1987, blz. 115.

begrip algemene faillissementskosten gaan de algemene faillissementskosten (in enge zin) vóór de overige boedelschulden, omdat eerstgenoemde categorie volgens hen kan worden aangemerkt als kosten van uitwinning en boedelredding in de zin van art. 1195 onder 1 BW (oud), thans art. 3:277 lid 1 BW. Ik heb in paragraaf 5.2.3.1 reeds betoogd waarom dat standpunt onjuist is.

Degenen die het begrip algemene faillissementskosten ruim uitleggen, doch menen dat in geval van een negatieve boedel de eigenlijke boedelschulden voorrang hebben op de oneigenlijke boedelschulden, zoeken de rechtsgrond daarvoor niet zozeer in het bepaalde in art. 1195 onder 1 BW (oud) c.q. art. 3:277 lid 1 BW. De rechtsgrond wordt meer gezocht in het karakter van de eigenlijke boedelschulden als schulden die de curator onvermijdelijk heeft moeten aangaan teneinde het faillissement af te wikkelen. De achterliggende gedachte is dat deze boedelschulden in ieder geval betaald moeten worden, omdat een andere oplossing tot onacceptabele uitkomsten zou leiden. Men doelt hierbij op het reeds gesignaleerde probleem dat bepaalde concurrente boedelschulden, zoals de kosten van ingeschakelde derden, voldaan moeten kunnen worden vóór de (oneigenlijke) preferente boedelvorderingen van bijvoorbeeld de bedrijfsvereniging en de fiscus.

Het systeem waarin de eigenlijke boedelschulden voorrang hebben boven de oneigenlijke boedelschulden, heeft een aantrekkelijk aspect. De oplossing van de problemen bij de afwikkeling van een negatieve boedel wordt gevonden door die categorie boedelschulden af te zonderen die ook in belangrijke mate de oorzaak zijn van de problemen: de buiten toedoen van de curator uit de hand gelopen oneigenlijke boedelschulden. De vraag is echter of dit systeem past binnen het wettelijk stelsel.

Een aanwijzing voor een bevestigende beantwoording van die vraag, zou men wellicht kunnen afleiden uit HR 30 juni 1995, NJ 1996, 554 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (MeesPierson/Mentink q.q.). In deze beschikking, die uitgebreid is besproken in paragraaf 2.3.4, verwierp de Hoge Raad de opvatting dat een categorie 'overige boedelschulden' moet worden onderscheiden, wanneer het aankomt op de vraag (die slechts bij een positieve boedel speelt) welke boedelschulden voor de omslag van de algemene faillissementskosten in aanmerking komen. De Hoge Raad voegde daar aan toe (laatste volzin r.o. 3.9):

"Aan het voorgaande doet niet af dat in het geval dat de baten niet voldoende zijn om alle boedelschulden c.q. kosten te voldoen, met het oog op hun onderlinge rangorde wel onderscheid moet worden gemaakt overeenkomstig hetgeen is overwogen in HR 28 september 1990, NJ 1991, 305."

Omdat de categorie overige boedelschulden, die sommige schrijvers in het kader van de omslag willen onderscheiden, min of meer overeenkomt met de categorie oneigenlijke boedelschulden, rijst de vraag of de Hoge Raad met de geciteerde overweging heeft willen aangeven dat - bij een negatieve boedel - de oneigenlijke boedelschulden een achtergestelde categorie boedelschulden vormen. Annotator Kortmann³⁵ wijst deze suggestie van de hand. Hij wenst de geciteerde passage aldus te verstaan dat de Hoge Raad slechts heeft aangegeven dat de problematiek die in de casus van het arrest aan de orde was, moet worden onderscheiden van de problematiek die zich bij een negatieve boedel voordoet.

Voor die uitleg pleit dat uit het arrest waarnaar de Hoge Raad verwijst (De Ranitz/Ontvanger), niet is af te leiden op welke wijze bij de afwikkeling van een negatieve boedel betekenis zou toekomen aan het onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke boedelschulden. Of het zou zo moeten zijn, dat de eigenlijke boedelschulden in geval van een negatieve boedel toch allen als vereffeningskosten zouden moeten worden aangemerkt. Daarmee zou men het begrip vereffeningskosten echter wel zeer ruim opvatten, hetgeen weer in strijd is met het uitgangspunt dat als vereffeningskosten slechts die kosten kunnen gelden, die noodzakelijk zijn om de negatieve boedel te vereffenen ten behoeve van de andere boedelschuldeisers. Bovendien zou bij een dergelijke ruime opvatting van de vereffeningskosten, de verwijzing in het De Ranitz/Ontvanger-arrest naar het stelsel van rangorde van titel 3.10 BW, nauwelijks meer betekenis zou hebben.

Anders dan bijvoorbeeld De Liagre Böhl³⁶, meen ik dat het systeem waarin de eigenlijke boedelschulden in rang boven de oneigenlijke boedelschulden

35 Noot onder dit arrest in NJ 1996, 554.

36 De Liagre Böhl (blz. 257-258) meent dat wet noch billijkheid zich tegen het door hem verdedigde systeem verzetten. Hij is tevens de mening toegedaan dat dit systeem niet in strijd is met de beslissing van de Hoge Raad in het arrest De Ranitz q.q./Ontvanger. Ook dat betwijfel ik. Het is in ieder geval niet zo dat uit het arrest is af te leiden, dat de eigenlijke boedelschulden boven de oneigenlijke gaan, zoals wordt beweerd in Faillissementswet, Van Zeven - Van Galen/De Liagre Böhl, art. 180, aantekening 8.

gaan, niet past binnen het gesloten wettelijke stelsel van rangorde. Voor de bepalingen in titel 3.10 BW is het onverschillig of een vordering al dan niet door toedoen van de schuldenaar (in faillissement: de curator) is ontstaan. En voor het kunnen voldoen van een boedelschuld bij voorrang buiten de rangregeling om is, zoals ik in paragraaf 5.3.4 nader zal uitwerken, meer vereist dan het feit alleen dat zij is ontstaan door toedoen van de curator. Het is mijns inziens dan ook onjuist om in zijn algemeenheid de eigenlijke boedelschulden voorrang te geven boven de oneigenlijke boedelschulden³⁷. Bovendien geldt in deze visie dat binnen de groep eigenlijke boedelschulden de wettelijke preferenties moeten worden toegepast, waardoor nog steeds niet altijd kan worden verklaard waarom de curator declaraties van door hem ingeschakelde derden bij voorrang mag voldoen.

5.3.3 Ongerechtvaardigde verrijking

Volgens Voûte³⁸ kunnen sommige, in beginsel concurrente, boedelschulden vooraf en buiten een rangregeling om worden voldaan op de grondslag van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). Op deze grondslag moeten volgens hem vooraf worden voldaan:

- de schuldeiser uit hoofde van schadevergoeding wegens verlies van zijn eigendom van een zaak, omdat de curator - in de veronderstelling dat de gefailleerde eigenaar was - deze zaak aan een derde te goeder trouw heeft verkocht;
- de schuldenaar met een vordering tot restitutie van een aan de curator onverschuldigd betaald bedrag;
- de door de curator ingeschakelde derde met een boedelvordering uit hoofde van een wederkerige overeenkomst die de curator met hem is aangegaan.

De redenering van Voûte komt, kort gezegd, hierop neer dat wanneer de genoemde boedelschuldeisers niet vooraf zouden worden voldaan, de overige boedelschuldeisers ongerechtvaardigd zouden worden verrijkt, omdat de waarde die ten laste van de genoemde boedelschuldeisers in de boedel is gevloeid uiteindelijk mede ten goede komt aan de overige boedelschuld-

37 Zo ook Huizink, blz. 53 en S.C.J.J. Kortmann in zijn noot onder HR 30 juni 1995, NJ 1996, 554 (MeesPierson/Mentink).

38 P.C. Voûte, Over het faillissement en boedelschulden die vooraf (buiten een eventuele rangregeling om) voldaan moeten worden, NTBR 1994, blz. 233-241.

eisers. Dit zou met zich meebrengen dat de curator, als representant van de gezamenlijke schuldeisers, de genoemde boedelschuldeisers vooraf ten laste van de overige boedelschuldeisers moet voldoen. De betaling vooraf van de vordering van een derde uit hoofde van een met de curator gesloten wederkerige overeenkomst, rechtvaardigt Voûte bijvoorbeeld als volgt:

"Zo treedt uit oogpunt van verhaalsuitoefening ten koste van de derde een verrijking van de overige boedelschuldeisers op, indien zij enerzijds wel van de prestatie van de derde profiteren, maar hem anderzijds voor de voldoening van de hem toekomende tegenprestatie zouden verwijzen naar een rangregeling waarin hij geheel of gedeeltelijk onvoldaan blijft. (...) Nu deze ongerechtvaardigde verrijking de gezamenlijke schuldeisers direct aangaat (anders dan de gebondenheid aan de overeenkomst), zullen zij de derde hiervoor schadeloos moeten stellen, in die zin dat zij hem te hunnen laste tot de tegenwaarde van diens prestatie voor moeten laten gaan."³⁹

Voûte stelt - terecht - dus niet, dat aan de verplichting uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking binnen de wettelijke rangregeling een voorrecht toekomt. Zijn redenering is dat de overige boedelschuldeisers de door de curator ingeschakelde derde schadeloos moeten stellen en dat zij daarom, buiten de rangregeling om, de betaling van de vordering van deze derde voor moeten laten gaan.

Deze redenering kan slechts opgaan wanneer er sprake is van ongerechtvaardigde verrijking van de (overige) boedelschuldeisers in de zin van art. 6:212 BW. Slechts dan zou men kunnen stellen dat op hen uit dien hoofde een eigen verplichting rust die door de curator, als representant van de gezamenlijke schuldeisers⁴⁰, moet worden nagekomen. Met Verstijlen⁴¹ ben ik van mening dat van ongerechtvaardigde verrijking van de (overige) boedelschuldeisers in de onderhavige gevallen geen sprake is. Art. 6:212

39 P.C. Voûte, a.w., blz. 240.

40 Terecht merkt F.M.J. Verstijlen (Van verrijking en verhaal binnen (boedel)faillissement, NTBR 1995, blz. 93-96) op dat de curator slechts als 'representant' van de boedelschuldeisers optreedt wanneer er sprake is van een negatieve boedel. Is de boedel daarentegen positief, dan is de curator slechts 'representant' (waarbij nog in het midden wordt gelaten of daarmee ook sprake is van vertegenwoordiging in juridische zin) van de faillissementsschuldeisers. Het faillissement strekt dan immers slechts tot verhaal van de faillissementsschuldeisers; de boedelschuldeisers staan daar geheel buiten. Consequenties voor de 'bruikbaarheid' van de theorie van Voûte heeft dit overigens niet, omdat alleen in de situatie waarin de boedel negatief is, de vraag speelt welke boedelschulden moeten worden voldaan.

41 F.M.J. Verstijlen, a.w. (NTBR 1995), blz. 93-96.

BW ziet op vermogensverschuivingen die zonder redelijke grond hebben plaatsgevonden: het vermogen van de een is zonder redelijke grond verrijkt ten koste van dat van een ander. Wil men, zoals Voûte, aannemen dat op de gezamenlijke (boedel)schuldeisers een verplichting rust uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, dan is daarvoor dus vereist dat het vermogen van deze schuldeisers is verrijkt. Het vermogen dat in onderhavige gevallen is verrijkt, is echter de boedel⁴². De actieve vermogensbestanddelen van de boedel blijven eigendom van de gefailleerde. Zij zijn slechts afgescheiden van de activa van de gefailleerde die krachtens art. 21 Fw buiten het faillissement blijven⁴³. Dit afgescheiden vermogen wordt in geval van een negatieve boedel weliswaar uitgewonnen ten behoeve van de boedelschuldeisers, maar het is niet hun vermogen. Zij zijn derhalve niet ongerechtvaardigd verrijkt in de zin van art. 6:212 BW. Een en ander wordt niet anders door de omstandigheid dat de vermogensvermeerdering te hunnen behoeve kan worden uitgewonnen.

Uit het voorgaande volgt dat de verplichting tot schadevergoeding uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking niet rust op de curator als 'representant' van de gezamenlijke schuldeisers, maar op de curator als 'representant' van de gefailleerde. Deze verplichting levert derhalve een gewone boedelschuld op, die uit de negatieve boedel moet worden voldaan overeenkomstig de rang die zij in het wettelijk stelsel van titel 3.10 BW inneemt. In dat stelsel is de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking slechts een concurrente boedelschuld. Met de door Voûte aangedragen grondslag van ongerechtvaardigde verrijking wordt dus geen ander resultaat bereikt, dan wanneer de vorderingen van de genoemde schuldeisers worden gebaseerd op onrechtmatige daad (6:162 BW), onverschuldigde betaling (6:203 BW) of op de met de curator gesloten overeenkomst. Deze oplossingen liggen dan ook meer voor de hand.

42 Bovendien behoeft de boedel niet altijd verrijkt te zijn. Men denke bijvoorbeeld aan de kosten van een advocaat die een gerechtelijke procedure niet heeft kunnen winnen.

43 Zie paragraaf 1.5.3.

5.3.4 Feitelijke voorrang

5.3.4.1 Drie arresten van de Hoge Raad

Uitgangspunt in ons rechtstelsel is de gelijkheid van schuldeisers (*paritas creditorum*), behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang (art. 3:277 lid 1 BW). Dat laatste wordt in art. 3:278 lid 1 BW nader uitgewerkt: voorrang vloeit voort uit pand, hypotheek en voorrecht en uit andere in de wet gegeven gronden. Dit stelsel van wettelijke preferenties, dat slechts relevant is bij een concursus van schuldeisers en dus bij uitstek in geval van faillissement van een schuldenaar, heeft een gesloten karakter. Zo kunnen schuldeiser en schuldenaar niet bij overeenkomst bepalen dat een bepaalde vordering boven andere bij voorrang zal kunnen worden verhaald⁴⁴.

Desondanks is het soms toch mogelijk dat een concurrente of laag-preferente vordering bij voorrang boven alle vorderingen wordt voldaan, waarmee feitelijk de *paritas creditorum* wordt doorbroken. Men spreekt in dit verband wel van oneigenlijke of feitelijke voorrang⁴⁵. Een aantal gevallen van feitelijke voorrang berust direct op de wet. Een goed voorbeeld daarvan was de regeling van het retentierecht onder het oude recht⁴⁶. Onder het huidige recht kan men nog denken aan verrekening in faillissement (art. 53 Fw) en het recht van reclame (art. 7:39 BW).

Feitelijke voorrang kan echter ook het gevolg zijn van bijzondere feitelijke omstandigheden. Ter illustratie hiervan worden in het navolgende drie arresten besproken waarin de Hoge Raad heeft erkend dat het belang van de boedel (in faillissement of *surséance*) een inbreuk op de *paritas creditorum* kan rechtvaardigen.

44 De wet kent in art. 3:277 lid 2 BW wel uitdrukkelijk de bevoegdheid van schuldeiser en schuldenaar om overeen te komen, dat de vordering van een schuldeiser jegens alle andere schuldeisers of een bepaalde andere schuldeiser een lagere rang neemt dan de wet hem toekent.

45 Ook het begrip feitelijke preferentie wordt wel gebruikt. De term 'preferentie' zou ik echter willen reserveren voor de wettelijke redenen van voorrang, voortvloeiende uit pand, hypotheek en voorrechten.

46 In de paragrafen 2.3.5.4 en 4.1.3 is reeds uiteengezet dat de retentor onder het oude recht, bij gebreke van een bevoegdheid van de curator om de retentiezaak op te eisen, zijn vordering doorgaans kreeg voldaan vóór alle andere schulden, inclusief de boedelschulden.

Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.

Eén van de omstandigheden waaruit feitelijke voorrang kan voortvloeien is de monopoliepositie van een leverancier. Een bekend voorbeeld is het energieleverende nutsbedrijf dat tijdens het faillissement van zijn afnemer gebruik maakt van het in zijn algemene voorwaarden gecreëerde afsluitingsrecht in geval van wanbetaling. In beginsel heeft het nutsbedrijf ter zake van energieleveranties van vóór het faillissement een concurrente faillissementsvordering. Volgens de wettelijke rangregeling zal deze vordering doorgaans niet of slechts gedeeltelijk uit het faillissement kunnen worden voldaan. Door te dreigen met afsluiting kan soms echter toch volledige betaling worden afgedwongen.

In het arrest HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640 m.nt. CJHB (Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.) probeerde Veluwse Nutsbedrijven op een dergelijke manier de curator te dwingen de betalingsachterstand van de gefailleerde ongedaan te maken. Zolang de curator deze oude schuld niet voldeed weigerde het nutsbedrijf nog verder gas en water te leveren. De curator verweerde zich daartegen door te stellen dat het nutsbedrijf zijn monopoliepositie als hefboom gebruikte om, met doorbreking van de *paritas creditorum*, zijn vordering voldaan te krijgen. De curator heeft immers, zo stelde hij, geen vrije keus tussen al dan niet doen afsluiten van de toevoer, omdat gas en water nodig zijn en niet van elders betrokken kunnen worden. De Hoge Raad overwoog echter:

"Voorop moet worden gesteld dat een recht als het onderhavige - het recht om verdere leveranties op te schorten zolang eerdere leveranties niet zijn betaald - in beginsel ook kan worden uitgeoefend in geval van faillissement van de wederpartij en met het doel om betaling te verkrijgen van een oude - dit is een vóór de faillietverklaring ontstane - schuld. De curator zal dan het belang van de boedel bij voortzetting van de leveranties hebben af te wegen tegen het belang van een gelijke behandeling van de schuldeisers. Dit laatste belang zal er in het algemeen mee gediend zijn dat van verdere leveranties wordt afgezien, waarbij mede valt te denken aan de mogelijkheid dat de curator de desbetreffende goederen van elders betreft."⁴⁷

47 In het onderhavige geval nam de Hoge Raad een uitzondering op deze hoofdregel aan. Het feit dat het bij levering van gas en water om eerste levensbehoeften gaat en de distributeur daarvan een wettelijk beschermde monopoliepositie inneemt, brengt met zich mee dat de curator, die bij zijn taak ook met de belangen van de gefailleerde heeft rekening te houden, het in het algemeen niet zal kunnen laten aankomen op het staken van verdere leveranties. Waar het gaat om leveranties

Uit dit arrest kan worden afgeleid dat de Hoge Raad een inbreuk op de *paritas creditorum* tussen schuldeisers, nog afgezien van de wettelijke uitzonderingen op dat beginsel, onder bepaalde omstandigheden toelaatbaar acht. De curator kan zich in de positie bevinden waarin hij een afweging moet maken tussen de *paritas creditorum* en het belang dat is gediend met voldoening van een concurrente of laag-preferente schuldeiser bij voorrang. Zo kan het belang van de boedel een doorbreking van de *paritas creditorum* rechtvaardigen.

De beslissing van de Hoge Raad in het Veluwe Nutsbedrijven-arrest is overigens niet onomstreden. Evident is dat een energiebedrijf of enige andere leverancier met een monopoliepositie, door gebruik te maken van zijn bevoegdheid om verdere leveranties op te schorten, de curator feitelijk kan dwingen tot betaling van vorderingen die tijdens faillissement (zullen) ontstaan en derhalve boedelschulden zijn. Men kan zich echter afvragen of een leverancier die van dit opschortingsrecht gebruik maakt om betaling te forceren van voor de faillietverklaring ontstane schulden (faillissements-schulden), terwijl de curator voortzetting van de energieleveranties geboden acht om bijvoorbeeld het bedrijf van de gefailleerde voort te zetten of dit bedrijf 'going concern' te verkopen, misbruik maakt van deze bevoegdheid, dan wel van deze bevoegdheid gebruik maakt in strijd met de jegens andere schuldeisers in acht te nemen goede trouw⁴⁸.

Het Hof Arnhem heeft deze vraag ontkennend beantwoord in zijn arrest van 8 april 1997, JOR 1997/61 m.nt. S.C.J.J. Kortmann. Deze zaak had betrekking op een energiebedrijf dat weigerde verdere leveranties te verrichten, indien haar faillissementsvorderingen niet geheel zouden worden voldaan, terwijl de curator deze energieleveranties nodig had om het be-

van water en gas aan het gezinshuishouden van een gefailleerde particulier, brengt het belang van de *paritas creditorum* dan met zich mee dat aan het nutsbedrijf geen afsluitingsbevoegdheid toekomt. De Hoge Raad overweegt vervolgens nog uitdrukkelijk dat dit uitzonderingsgeval zich niet meer voordoet, indien de voorgenomen afsluiting betrekking heeft op een bedrijfsgebouw of anderszins alleen van belang is voor een eventuele voortzetting door de curator tijdens het faillissement van het bedrijf van de gefailleerde. Dan immers is de curator vrij om in verband met de hoogte van de betalingsachterstand af te zien van deze bedrijfsvoortzetting.

48 Vgl. HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 m.nt. G (Loeffen q.q./Mees & Hope I).

drijf van de gefailleerde 'going concern' te kunnen overdragen. Het Hof motiveerde zijn beslissing met de volgende argumenten:

- van onevenredigheid, enerzijds van het belang van het energiebedrijf bij uitoefening van de opschortingsbevoegdheid en anderzijds het belang van de boedel dat daardoor wordt geschaad, is naar (het voorlopige) oordeel van het Hof geen sprake;
- een energiebedrijf heeft geen andere mogelijkheden van verhaal dan (dreiging met) afsluiting;
- een energiebedrijf kan haar afnemers niet uitzoeken;
- een energiebedrijf kan geen gebruik maken van zekerheden als eigendomsvoorbehoud;
- art. 37 Fw geeft de wederpartij van een gefailleerde de bevoegdheid de overeenkomst te ontbinden, als de curator niet bereid is de overeenkomst gestand te doen en daarbij zekerheid te stellen, waaronder begrepen zekerheid voor de nakoming van voor de faillietverklaring ontstane schulden.

Deze argumenten zijn overtuigend⁴⁹. Omdat het eerste argument het resultaat is van een afweging naar de feitelijke omstandigheden van het geval, en de andere argumenten⁵⁰ specifiek zijn toegespitst op de bijzondere positie van een energiebedrijf - dat vanwege zijn (overigens niet onbegrensde) leverantieplicht geen reële onderhandelingspositie op de markt inneemt - laat het arrest voldoende ruimte om in voorkomende gevallen van misbruik van monopolieposities wél een beroep op strijd met de jegens andere schuldeisers in acht te nemen goede trouw te honoreren.

Reco/Staat

Een ander arrest waarin zich een geval van feitelijke voorrang voordeed is HR 12 mei 1989, NJ 1989, 613 (Reco/Staat). Aan dit arrest lagen de volgende feiten ten grondslag. De Staat had als opdrachtgever een overeenkomst tot aanneming van werk gesloten met Van der Vliet Bouw- en Constructie Maatschappij B.V. (hierna: BCM). Voordat het werk was voltooid ging BCM failliet. De aannemingsovereenkomst werd op de voet van art. 37 Fw ontbonden. De curator verkocht het door BCM op de bouwplaats aangevoerde materieel aan Reco "met alle rechten en plichten die daaraan ver-

49 Anders: annotator Kortmann in JOR 1996/61.

50 Het beroep op art. 37 Fw uitgezonderd.

bonden mochten zijn". Na deze overdracht bleef de Staat het bedoelde materieel gebruiken, waarbij hij zich beriep op paragraaf 46 lid 7 van de op de aannemingsovereenkomst van toepassing zijnde Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken (UAV). Volgens deze bepaling was de Staat gerechtigd om bij de voltooiing van het werk gebruik te blijven maken van het door BCM aangevoerde materieel. Reco achtte dit gebruik door de Staat onrechtmatig. In de procedure die volgde, kwam mede de vraag aan de orde in hoeverre de curator bevoegd was het gebruiksrecht van de Staat te honoreren.

Het Hof stelde voorop dat het gebruiksrecht, dat de Staat aan paragraaf 46 lid 7 UAV ontleende, een zuiver obligatoir karakter had en dus niet kon worden ingeroepen om de paritas creditorum te doorbreken. Als uitgangspunt gold derhalve, dat de Staat naar de verificatievergadering had moeten worden verwezen, in welk geval hij ten hoogste (een deel van) de waarde van het gebruiksrecht had ontvangen. Het Hof voegde daar echter aan toe dat dit voor de curator niet de enige mogelijkheid was:

"Hij kan namelijk ook, als hem dat geraden voorkomt, het gebruiksrecht ten volle honoreren, bijv. omdat dit de minst kostbare oplossing lijkt. Bij een gebruiksrecht als het onderhavige is dat zeker niet denkbeeldig nu het hier ging om materieel dat reeds op de bouwplaats was aangevoerd en geïnstalleerd en afvoer dus altijd kapitaalverlies betekende."

De Hoge Raad was van oordeel dat het Hof met deze overweging geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Aldus hield de Hoge Raad het voor mogelijk dat de curator, door in het belang van de boedel het gebruiksrecht van de Staat te honoreren, in feite bewerkstelligde dat een concurrente faillissementsschuldeiser zijn vordering integraal, buiten de rangregeling om, kreeg voldaan.

INB/Klützow

Als laatste voorbeeld van een arrest waarin de Hoge Raad de mogelijkheid van feitelijke voorrang in een insolventie-situatie heeft erkend, noem ik HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368 m.nt. HJS (INB/Mrs. Klützow en Trijelaar). Deze zaak betrof een bank wiens vordering op twee in surséance van betaling verkerende schuldeisers voldoende was gedekt door goederenrechtelijke zekerheden, maar zich jegens de bewindvoerders bereid had verklaard vooralsnog niet tot uitwinning van haar zekerheden over te gaan.

De bank stelde dit aanbod te hebben gedaan omdat de bewindvoerders hadden toegezegd, dat de na de surséance verschuldigde rente over de vordering van de bank zou worden voldaan. Toen deze toezegging niet werd nagekomen stelde de bank de beide bewindvoerders aansprakelijk uit hoofde van onrechtmatige daad. De bewindvoerders verweerden zich door te stellen dat, indien zij de gestelde toezegging al zouden hebben gedaan, zij deze toezegging niet konden nakomen omdat zij in strijd was met de artt. 233 en 260 Fw. Voor zover hier van belang, overwoog de Hoge Raad:

"Het gaat hier om een overeenkomst waarbij de Bank, die haar vordering geheel op de verbonden goederen zou kunnen verhalen, zich heeft verplicht die bevoegdheid vooralsnog niet uit te oefenen, waartegenover de bewindvoerders en de schuldenaren zich hebben verplicht de na de surséance vervallende rente te voldoen. In overeenstemming met de strekking van de surséance kan aldus worden bereikt dat de executie van goederen die voor het voortbestaan van de ondernemingen van de schuldenaren van belang zijn, wordt voorkomen. Een zodanige overeenkomst kan derhalve in het belang van de boedel zijn en uit dien hoofde een afwijking van art. 233 rechtvaardigen. De bewindvoerder dient derhalve ter zake de nodige vrijheid te hebben."

Deze overweging was overeenkomstig de opvatting van A-G Hartkamp, die in zijn conclusie (onder 7) had gesteld:

"(...) het komt mij voor dat de bewindvoerder en de schuldenaar niet onder alle omstandigheden gehouden zijn de concurrente schuldeisers 'gelijk te behandelen'. M.i. mogen zij daarvan afwijken indien dat in het belang van de boedel is (...)"

Annotator Snijders acht de motivering van de Hoge Raad overtuigend en baanbrekend, omdat:

"(...) zij ook kan gelden voor andere inbreuken op het wettelijk stelsel van de surséance ex art. 233, dat afgezien van limitatief in art. 232 opgesomde uitzonderingen de paritas creditorum koestert. Voortaan geldt (ook afgezien van art. 232) als uitleg van art. 233: 'all debts are equal but some debts are more equal than others'. Die ongelijkheid eist wel legitimatie door een overeenkomst die bewindvoerders in het belang der boedel aangaan. (...) De inbreuk op de paritas creditorum, die niet alleen de wetgever maar ook de Hoge Raad in surséance-situaties voorop stelt (...), moet hier voor lief worden genomen."

Snijders betoogt voorts dat curatoren in faillissement een zelfde mate van vrijheid moeten hebben als de bewindvoerder in surséance:

"Ook in het belang van de faillissementsboedel kan het zijn dat een crediteur van een gewone vordering een streepje voor krijgt doordat deze tot boedelschuld wordt verheven in ruil voor het niet (onmiddellijk) uitoefenen van zijn verhaalsrechten ten aanzien van een andere vordering. Het voortbestaan van ondernemingen moge een minder centraal belang zijn bij faillissement dan bij surséance, maar de motivering van de Hoge Raad is in ons geval ook niet beperkt tot dat deelbelang: het gaat uiteindelijk steeds om het generale belang van de boedel."

Deze laatste woorden van Snijders, die ik onderschrijf, vatten de strekking van de voornoemde arresten goed samen: het belang van de boedel kan een uitzondering op de *paritas creditorum* rechtvaardigen. Dit belang van de boedel wordt in de eerste plaats bepaald door de verhaalsmogelijkheden van de groep schuldeisers die uit de boedel kunnen worden voldaan. In een faillissement met een positieve boedel zijn dat de faillissements-schuldeisers. In een faillissement met een negatieve boedel moet het belang van de boedel worden gerelateerd aan de verhaalsmogelijkheden van de boedelschuldeisers. Blijkens het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* geldt het beginsel van *paritas creditorum* ook tussen de boedelschuldeisers onderling. De vraag rijst nu of ook die *paritas creditorum* kan worden doorbroken, door een concurrente boedelschuldeiser bij voorrang te voldoen met een beroep op het belang van de verhaalsmogelijkheden van de overige boedelschuldeisers. In het bijzonder kan men zich afvragen of, en zo ja wanneer, met het leerstuk van feitelijke voorrang kan worden gerechtvaardigd dat de curator de door hem ingeschakelde derden bij voorrang boven andere boedelschulden voldoet. Men kan deze vraag in twee sub-vragen onderverdelen:

1. Mag de curator een door hem ingeschakelde derde vooraf en integraal betalen? Deze vraag zal worden beantwoord in paragraaf 5.3.4.2.
2. Kan de curator de door hem ingeschakelde derde die hij niet vooraf voldoet, bij overeenkomst garanderen dat hij bij voorrang boven alle andere schuldeisers zal worden voldaan, in die zin dat de andere schuldeisers deze garantie tegen zich hebben te laten gelden? Deze vraag zal worden beantwoord in paragraaf 5.3.4.3.

5.3.4.2 Betaling door de curator vooraf

Het komt regelmatig voor dat de curator de schulden, die hij aangaat bij het inschakelen van derden, contant betaalt. Uitgangspunt is dat de wette-

lijke rangorde ten aanzien van deze derde dan niet meer speelt. Rangordeproblemen spelen immers alleen bij pluraliteit van schuldeisers en de schuldeiser die reeds integraal is voldaan is geen schuldeiser meer; deze is uit het beeld verdwenen.

De vraag is echter of de curator de ingeschakelde derde vooraf en integraal mag voldoen. De schuldeiser aan wie de curator contant heeft betaald zal immers veelal een concurrente schuldeiser zijn. Wanneer later blijkt dat het boedelactief ontoereikend is om alle boedelschulden te voldoen, heeft de curator een boedelschuld voldaan die volgens de wettelijke rangregeling niet voldaan had mogen worden. Vooropgesteld moet echter worden dat aan betalingen, die de curator heeft gedaan voordat hem en zijn wederpartij duidelijk moest zijn dat de boedel negatief was, niet mag worden getornd. Men kan zich echter afvragen of dit ook opgaat wanneer de betaling is verricht nadat een negatieve boedel werd geconstateerd. Het tijdselement, of liever gezegd de wetenschap van een negatieve boedel, zou dus een rol kunnen spelen. Hier zou een analogie kunnen worden gelegd met de situatie waarin de schuldenaar (vlak) vóór diens faillissement opeisbare schulden voldoet.

Buiten faillissement geldt als uitgangspunt dat een schuldenaar in beginsel iedere schuld mag voldoen. Hij handelt niet onrechtmatig door over zijn baten te beschikken en die uit te delen zonder te letten op de verschillende voorrechten van zijn schuldeisers⁵¹. Wanneer later blijkt dat deze schuldenaar niet al zijn schulden kan voldoen, er dus een concursus ontstaat, en vervolgens het faillissement van de schuldenaar wordt uitgesproken, heeft de schuldeiser die reeds is voldaan daarmee in beginsel niets meer te maken. Hij is voldaan en daarom geen schuldeiser meer: in een toekomstige concursus geldt de *paritas creditorum* voor hem niet.

Wanneer echter de schuldenaar in het zicht van zijn faillissement bepaalde opeisbare schulden voldoet, kunnen deze betalingen onder omstandigheden worden aangetast. Met het faillissement komen schuldeisers in een bijzondere rechtsverhouding tot elkaar te staan: zij dienen zich elkaars belangen aan te trekken. Het omslagpunt waarop deze bijzondere rechtsverhouding ontstaat, ligt reeds vóór het uitspreken van het faillissement.

51 Vgl. HR 22 mei 1931, NJ 1931, blz. 1429.

Indien een schuldeiser zijn vordering vóór het faillissement voldaan krijgt, terwijl hij weet dat het faillissement van de schuldenaar is aangevraagd of als de betaling het gevolg is van overleg teneinde deze schuldeiser te begunstigen, kan deze voldoening door een later aangestelde curator worden vernietigd op grond van art. 47 Fw. De schuldeiser handelt dan in strijd met de goede trouw die hij jegens zijn mede-schuldeisers in acht moet nemen⁵². Het arrest van de Hoge Raad van 24 maart 1995, NJ 1995, 628 m.nt. PvS (Gispen q.q./International Factors) wijst er echter op dat de wetenschap dat andere schuldeisers door een betaling benadeeld worden op zichzelf niet voldoende is om de betaling van een opeisbare schuld voor faillissement op grond van art. 47 Fw aan te tasten. In genoemd arrest overwoog de Hoge Raad dat voor de aanwezigheid van overleg, als bedoeld in art. 47 Fw, is vereist dat sprake is van samenspanning; dat wil zeggen dat niet alleen bij de schuldeiser maar ook bij de schuldenaar het oogmerk heeft voorgezetten om met de betreffende betaling deze schuldeiser boven andere te begunstigen. Hoe dit ook zij, de achterliggende gedachte bij art. 47 Fw is, los van de vraag onder welke voorwaarden deze bepaling kan worden ingeroepen, dat het niet aangaat dat schuldeisers zich in het zicht van het faillissement aan een op handen zijnde concursus onttrekken.

Diezelfde gedachte ligt ten grondslag aan art. 54 lid 1 Fw. Dit artikel bepaalt dat een schuldeiser een vóór faillissement overgenomen vordering op de gefailleerde niet kan verrekenen met een schuld aan de gefailleerde, indien hij zijn vordering niet te goeder trouw heeft overgenomen. Daarvan is sprake wanneer de schuldeiser wist dat de latere gefailleerde in een zodanige toestand verkeerde, dat zijn faillietverklaring was te verwachten⁵³. Resumerend: wanneer sprake is van een concursus van schuldeisers, of wanneer een schuldeiser weet dat een dergelijke concursus op handen is, mag hij zich niet laten voldoen ten koste van zijn mede-schuldeisers.

Op gelijke wijze als de schuldenaar buiten faillissement, mag de faillissementscurator binnen het kader van zijn taak met iedereen transacties

52 Vgl. Memorie van Toelichting, Van der Feltz, I, blz. 449. Zie tevens HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 m.nt. G (Loeffen q.q./Mees & Hope I).

53 Vlg. HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 m.nt. Ph.A.N.H. (Doyer en Kalff/Bouwman q.q.); HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 m.nt. JBMV (Amro/Curatoren THB) en HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 m.nt. PvS (Loeffen q.q./Mees & Hope II).

aangaan en de schulden die hij daarbij maakt vooraf en integraal voldoen. Uitgangspunt is immers dat de boedelschulden geen verificatie behoeven en door de curator onmiddellijk uit de boedel dienen te worden voldaan. De boedelschuldeisers kunnen om dezelfde reden ook executoriaal beslag leggen onder de curator, teneinde hun vorderingen voldaan te krijgen. Wanneer later blijkt dat de boedel negatief is, kan de reeds door de curator gedane betaling niet ongedaan worden gemaakt. De wederpartij van de curator hoeft deze betaling niet te restitueren, evenmin als een schuldeiser die binnen de toegestane grenzen van art. 47 Fw vóór faillissement een betaling op een opeisbare vordering ontvangt, deze hoeft te restitueren indien later blijkt dat de schuldenaar niet al zijn schulden kan voldoen.

De vraag is of dit anders wordt vanaf het moment waarop het voor de curator en diens wederpartij duidelijk is dat de boedel niet toereikend is om alle boedelschulden te voldoen. Men zou, analoog aan de situatie rond de faillietverklaring, kunnen stellen dat vanaf het tijdstip waarop een negatieve boedel wordt geconstateerd, en er dus een concursus tussen de boedelschuldeisers optreedt, de boedelschuldeisers in een bijzondere rechtsverhouding ten opzichte van elkaar komen te staan. In de lagere jurisprudentie zijn voor het aannemen van een dergelijke bijzondere rechtsverhouding wel aanwijzingen te vinden.

In Rb. Rotterdam 11 oktober 1985, NJ 1987, 186 (De Joode/Meeter q.q.) had het bouw- en aannemingsbedrijf De Joode met medewerking van de bewindvoerder werkzaamheden verricht in het kader van de voortzetting van een bedrijf waaraan surséance van betaling was verleend. In het daaropvolgend faillissement vorderde De Joode betaling van hetgeen aan hem verschuldigd was ter zake van genoemde werkzaamheden. De curator stelde dat nog niet was te overzien hoeveel er uiteindelijk aan (boedel)schuldeisers zou moeten, respectievelijk kunnen, worden uitbetaald. Vooralsnog was het aannemelijk dat de boedel niet toereikend zou zijn om alle boedelschulden te voldoen. Onder die omstandigheden meende de curator dat hij niet verplicht was een van de boedelschuldeisers geheel of gedeeltelijk te betalen, tenzij zou vaststaan dat hun vorderingen een zo hoge preferentie boven andere boedelvorderingen zouden hebben, dat deze vorderingen in ieder geval zouden kunnen worden betaald. De Rechtbank stelde de curator in het gelijk en oordeelde:

"(...) dat de curator thans nog niet tot enige betaling aan De Jooode gehouden is, hoezeer de vordering van De Jooode ook opeisbaar is. Ware dat immers anders dan zou degene, die het eerste aanspraak maakt op betaling van zijn boedelvordering die vordering de facto tot een preferente maken."

Vervolgens hield de Rechtbank de zaak aan, totdat meer inzicht in de financiële situatie van de boedel zou zijn verkregen.

Een enigszins vergelijkbaar geval deed zich voor in Pres. Rb. Breda 4 maart 1994, KG 1994, 119. De curator had in die zaak een procedure verloren en was in de proceskosten veroordeeld. Om voldoening van deze proceskosten te verkrijgen legden de voormalig gedaagden executoriaal beslag op de faillissementsrekening. In de kort-gedingprocedure vorderde de curator opheffing van het gelegde beslag en een verbod tot tenuitvoerlegging van de genoemde kostenveroordeling. Nadat de President had vastgesteld dat het boedelactief niet volstond om alle boedelschulden te voldoen, overwoog hij:

"In deze situatie dient ervan te worden uitgegaan dat de uitoefening van de door hen aangevangen executie onrechtmatig is jegens de boedel c.q. de curator c.q. de mede-boedelcrediteuren, omdat zij behoren te wachten, in dit stelsel (wettelijk stelsel van rangorde, GAJB), totdat de verdeling van het boedelactief is vastgesteld."

De motivering die aan het oordeel van de President ten grondslag ligt, is weinig gelukkig. De President meent dat het beslag van genoemde boedelschuldeisers onrechtmatig is. Dat acht ik niet waarschijnlijk. Deze boedelschuldeisers hadden immers een opeisbare boedelvordering. Uit het arrest Hermans q.q./Teixera de Mattos⁵⁴ volgt dat zij dan voor deze vordering in beginsel executoriaal beslag kunnen leggen. De enkele omstandigheid dat een boedelschuldeiser meer krijgt voldaan dan hem volgens een rangregeling zou toekomen, maakt dat beslag niet onrechtmatig jegens medeschuldeisers die hebben nagelaten beslag te leggen.

Verstijlen⁵⁵ toont echter aan dat voor de beslissing van de President wel goede gronden zijn aan te voeren. Hij zoekt deze in de tussen schuldeisers in acht te nemen goede trouw die hij, analoog aan de regeling tussen fail-

54 HR 28 november 1930, NJ 1931, blz. 253 m.nt. E.M.M.

55 F.M.J. Verstijlen, Van boedelschuldeisers, beslag en boedelfaillissement, NTBR 1994, blz. 170-172.

lissementsschuldeisers, ook tussen boedelschuldeisers van toepassing acht. Uitgangspunt is dat boedelschuldeisers hun vorderingen op de boedel kunnen verhalen. Indien het een boedelschuldeiser echter duidelijk is dat niet alle boedelschulden zullen worden voldaan, heeft hij rekening te houden met de belangen van zijn mede-boedelschuldeisers. Hij mag zich niet langer onverkort verhalen op het boedelactief, waardoor hij de belangen van de overige boedelschuldeisers zou schaden.

Ook ik zou willen aannemen dat de boedelschuldeisers met het constateren van een negatieve boedel, die kan worden beschouwd als een concursus van boedelschulden, in een bijzondere rechtsverhouding tot elkaar komen te staan. Deze bijzondere rechtsverhouding brengt onder meer met zich mee dat een boedelschuldeiser zich in beginsel niet meer mag laten voldoen ten koste van andere boedelschuldeisers. Dit betekent tevens dat de curator, vanaf het moment waarop de negatieve boedel wordt geconstateerd, niet meer zomaar iedere boedelschuld vooraf en integraal mag voldoen. Hij zou daarmee de *paritas creditorum* doorbreken die blijkens het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* ook tussen de boedelschuldeisers onderling geldt.

Toch kan het voor de verdere vereffening van de negatieve boedel noodzakelijk zijn dat de curator nog een beroep doet op de diensten van derden. Juist vanaf het moment, waarop duidelijk is dat de boedel negatief is, zal niemand meer met de curator willen contracteren wanneer de curator niet contant betaalt of in ieder geval de garantie kan geven dat voor de verleende prestatie volledig zal worden betaald.

De oplossing voor dit probleem moet naar mijn mening worden gezocht in hetgeen ik hiervoor reeds heb opgemerkt over feitelijke voorrang. Bijzondere omstandigheden kunnen met zich meebrengen dat de curator een afweging moet maken tussen de *paritas creditorum* en het belang van de boedel. In het arrest *Veluwse Nutsbedrijven/Bouwman q.q.* waren deze bijzondere omstandigheden gelegen in het feit dat de curator was aangewezen op voorzieningen van een leverancier die een monopoliepositie innam. De positie van de makelaar, taxateur, leverancier, of welke derde dan ook op wie de curator bij de verdere afwikkeling van de negatieve boedel is aangewezen, is vergelijkbaar met de positie van de Veluwse Nutsbedrijven in het genoemde arrest. Weliswaar kan de curator bij verschillende makelaars, taxateurs of leveranciers terecht, maar geen van hen zal zijn

diensten ter beschikking stellen wanneer hij niet verzekerd is van betaling. Het belang van de boedel, namelijk de verdere vereffening daarvan ten behoeve van de boedelschuldeisers, kan dan rechtvaardigen dat de curator deze ingeschakelde derden vooraf en integraal voldoet.

Het moge duidelijk zijn dat niet te snel mag worden aangenomen dat een boedelschuld op grond van feitelijke voorrang vooraf en integraal mag worden voldaan. Slechts uitzonderingsgevallen zullen een inbreuk op de *paritas creditorum* kunnen rechtvaardigen. Een beperkte toepassing van de feitelijke voorrang zal met name moeten worden gezocht in het vereiste dat de inbreuk op de *paritas creditorum* in het belang moet zijn van de boedel. Dit vereiste moet stringent worden toegepast. Dat betekent dat de curator, vanaf het moment waarop hij constateert dat de boedel negatief is, zich - wellicht nog meer dan daarvoor - moet afvragen of het voor de vereffening van de negatieve boedel wel strikt noodzakelijk is om een beroep te doen op de prestaties van derden. Het criterium zal steeds moeten zijn of met het inschakelen van de derde per saldo een hogere opbrengst of beperkter verlies kan worden gerealiseerd. Is dat het geval, dan rechtvaardigt het belang van de boedel de doorbreking van de *paritas creditorum* ten aanzien van de vordering van deze derde. Is dat echter niet het geval, dan zal de curator een beroep op een derde achterwege moeten laten.

5.3.4.3 Kan de curator betaling bij voorrang garanderen?

Uit het voorgaande is gebleken dat de curator onder omstandigheden aan een boedelschuldeiser feitelijke voorrang kan verschaffen door deze vooraf te betalen. Voorafbetaling is echter niet altijd wenselijk en soms zelfs niet mogelijk, omdat de curator nog niet over voldoende liquide middelen beschikt.

Men kan bijvoorbeeld denken aan de situatie waarin de curator in de boedel een voorraad grondstoffen aantreft, waarvan de leverancier ex art. 3:92 BW de eigendom heeft voorbehouden. Het kan in het belang van de boedel zijn om deze grondstoffen te verwerken tot eindproducten, bijvoorbeeld wanneer de curator een koper voor de eindproducten heeft gevonden die daarvoor een goede prijs wil betalen. Door op deze manier nog enig actief te realiseren, kan de curator de boedel per saldo minder negatief maken. De leverancier zal echter niet zomaar toestaan dat de curator de grondstof-

fen verwerkt, waardoor hij zijn eigendomsrecht zou verliezen⁵⁶. Als eigenaar kan hij de grondstoffen ex art. 5:2 BW uit de boedel revindiceren. Hij zal hier slechts van afzien wanneer de curator zijn vordering alsnog betaalt (waardoor het eigendomsvoorbehoud vervalt) of hem tenminste kan garanderen dat zijn vordering alsnog betaald zal worden. Voor onmiddellijke betaling heeft de curator vaak nog niet voldoende liquide middelen; hij zal daarover pas beschikken nadat de grondstoffen zijn verwerkt en de aldus verkregen eindproducten zijn verkocht aan de potentiële koper. Kan de curator nu, teneinde over de grondstoffen te kunnen beschikken, aan de leverancier de garantie geven dat deze bij de verdeling van de negatieve boedel bij voorrang boven alle andere boedelschuldeisers zal worden voldaan, in die zin dat de andere boedelschuldeisers deze garantie tegen zich moeten laten gelden?

Vooropgesteld moet worden dat, wanneer het belang van de boedel dat vergt, de curator rechtens zekerheid kan verschaffen; dit zoals hij op grond van art. 37 lid 2 Fw verplicht is zekerheid te stellen, wanneer hij verklaart een door de gefailleerde aangegane wederkerige overeenkomst gestand te willen doen. Wanneer dat echter niet mogelijk is, blijft de vraag open of de curator bij overeenkomst voorrang kan garanderen.

Ik constateerde reeds eerder dat een schuldenaar en een schuldeiser buiten faillissement niet bij overeenkomst kunnen bepalen dat een vordering bij voorrang zal worden voldaan. Het gesloten wettelijk stelsel van preferenties staat daaraan in de weg. Moet op gelijke wijze worden aangenomen dat het ook voor de curator onmogelijk is om bij overeenkomst met een derde - met werking jegens de overige boedelschuldeisers - aan een vordering voorrang toe te kennen? Reeds op praktische gronden zou ik willen aannemen dat de curator dat wél kan, mits dat in het belang is van de boedel. Een dogmatische onderbouwing van dit standpunt kan worden gevonden in de bijzondere positie die de curator als vereffenaar inneemt.

56 Door de verwerking van de grondstoffen komen zij door zaaksvorming ex art. 5:16 lid 2 BW in de boedel. Zie ook HR 5 december 1986, NJ 1987, 745 m.nt. WMK: Indien een nieuwe zaak wordt gevormd uit onderdelen of stoffen die door de leverancier daarvan onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd, gaat in beginsel dat eigendomsvoorbehoud verloren, in die zin dat de producent eigenaar van de nieuwe zaak wordt.

In dit verband refereer ik nogmaals aan de reeds aangehaalde uitspraken van de Rechtbank Rotterdam van 11 oktober 1985, NJ 1987, 186 (De Joode/Meeter q.q.) en de President van de Rechtbank Breda van 4 maart 1994, KG 1994, 119. Uitgangspunt is dat boedelschulden niet ter verificatie behoeven te worden aangemeld en een rechtstreeks verhaal op de boedel geven, waarbij ook executoriaal beslag onder de curator kan worden gelegd. Desalniettemin tekende de curator in beide genoemde uitspraken met succes verzet aan tegen individuele verhaalsacties van boedelschuldeisers. In dit opzicht is de positie van de curator als vereffenaar wezenlijk anders dan die van de 'gewone' schuldenaar. Is er immers geen sprake van een vereffeningssituatie, dan kan de schuldenaar zich niet verzetten tegen executoriale beslaglegging door een schuldeiser met een opeisbare vordering en een executoriale titel.

De bijzondere positie die in hiervoor bedoelde zin toekomt aan een vereffenaar, speelde ook een rol in de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage van 29 januari 1993, NJ 1995, 283 (Van der Kruk-Boekestein/mr. Dekker). Mr. Dekker was als notaris belast met de afwikkeling van een door de erven beneficiair aanvaarde nalatenschap. Onder hem werd executoriaal beslag gelegd door een van de concurrente schuldeisers van de erven. De notaris verzette zich daartegen, omdat de passiva van de nalatenschap, waaronder een preferente vordering van de fiscus en andere (concurrente) schuldeisers, de activa overtroffen. Zou de beslaglegger tot individuele executie overgaan, dan zou hij meer ontvangen dan hem op grond van een rangregeling toekwam. Nadat de Rechtbank Rotterdam reeds had geoordeeld dat, ondanks het feit dat er geen wettelijk voorschrift is dat aan zelfstandig verhaal door schuldeisers in de weg staat, in dit geval aan de beslaglegger toch een individueel executierecht diende te worden ontzegd, oordeelde het Hof in hoger beroep:

"Tegen die vordering voert Dekker het verweer dat met het stelsel van afwikkeling van een beneficiair aanvaarde nalatenschap niet verenigbaar is dat een individuele schuldeiser, met voorbijgaan van de in acht te nemen rangregeling, verhaal op de goederen van de nalatenschap uitoefent. Als degene die belast is met de afwikkeling van de nalatenschap komt hem dat verweer toe."

Voornoemde uitspraken vormen een aanwijzing dat aan een vereffenaar, zoals de notaris bij een beneficiair aanvaarde nalatenschap en de faillissementscurator, bevoegdheden toekomen die een 'gewone' schuldenaar niet

heeft. In tegenstelling tot die 'gewone' schuldenaar kan de vereffenaar zich verzetten tegen individuele verhaalsacties op bestanddelen uit dat vermogen. Het gevolg daarvan is dat genoemde boedelschuldeisers niet bij voorrang worden voldaan, waardoor zij in feite worden benadeeld ten opzichte van de overige boedelschuldeisers die hebben nagelaten executoriaal beslag te leggen. A contrario worden laatstgenoemde schuldeisers door de actie van de vereffenaar 'bevoordeeld'. Op analoge wijze zou ik willen aannemen dat de bijzondere positie van de curator als vereffenaar met zich meebrengt dat hij bij overeenkomst met een derde - met werking jegens de overige boedelschuldeisers - voorrang kan verschaffen aan de boedelvordering die uit die overeenkomst voortvloeit.

Tenslotte dient nog de vraag te worden beantwoord wat de positie is van de door de curator ingeschakelde derde die geen boter bij de vis heeft gevraagd en evenmin expliciet heeft gevraagd om een garantie dat hij voor zijn diensten zal worden betaald. Strikt genomen komt aan deze derde geen feitelijke voorrang toe. Betekent dit per definitie dat deze schuldeiser in geval van een negatieve boedel als concurrent schuldeiser onvoldaan zal blijven?

Bij de beantwoording van deze vraag dient als uitgangspunt te worden genomen dat de curator geen schulden mag aangaan waarvan hij weet, of redelijkerwijs behoort te weten, dat hij ze niet uit de boedel zal kunnen voldoen. Te dier zake rust mijns inziens een informatieverplichting op de curator. Vanaf het moment waarop de redelijke verwachting bestaat dat de boedel negatief zal (kunnen) zijn, zal een bekwaam en zorgvuldig handelend curator de taxateur, de boekhouder, de leverancier of ieder ander waarvan hij diensten vraagt, wijzen op het risico dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten wellicht niet (volledig) zal kunnen worden betaald. De grenzen van de omvang van deze informatieplicht van de curator zullen mede worden bepaald door de (juridische) deskundigheid van zijn wederpartij.

Indien de curator zijn wederpartij voldoende heeft geïnformeerd over het risico dat de boedel haar verplichtingen wellicht niet (ten volle) kan nakomen, en de wederpartij desondanks met de curator contracteert zonder betaling vooraf of garantie van volledige betaling te bedingen, heeft deze wederpartij naar mijn mening niet meer dan een concurrente boedelschuld.

Indien de boedel uiteindelijk negatief zal blijken te zijn, zal deze schuld derhalve (gedeeltelijk) onbetaald blijven.

Anders ligt het, wanneer de curator zijn wederpartij niet, onvoldoende of onjuist heeft geïnformeerd over de middelen van de boedel om de betreffende boedelschuld te kunnen voldoen. Men zou wellicht kunnen stellen dat de curator daarmee impliciet de garantie van volledige betaling heeft gegeven. Daarvoor is veel te zeggen wanneer de curator - achteraf bezien ten onrechte - bij het aangaan van de schuld had medegedeeld dat de boedel toereikend zou zijn voor de voldoening van de betreffende schuld⁵⁷. Het is een stap verder om impliciete garantie af te leiden uit het feit, dat de curator informatie over de financiële situatie van de boedel geheel achterwege heeft gelaten. De benadering van de impliciete garantstelling heeft als nadeel, dat het aannemen van feitelijke voorrang wordt opgerekt tot een situatie waarin de curator zich strikt genomen niet in een dwangpositie bevindt.

Indien dit als oneigenlijk moet worden beschouwd, resteert de wederpartij van de curator geen andere mogelijkheid dan de curator persoonlijk aan te spreken uit hoofde van onrechtmatige daad. Met betrekking tot de vraag wanneer een dergelijke actie kans van slagen heeft, volsta ik met een enkele opmerking. In de jurisprudentie wordt persoonlijke aansprakelijkheid van de curator - terecht - niet snel aangenomen⁵⁸. In HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 m.nt. WMK (Maclou en Prouvost/curatoren Van Schuppen) formuleerde de Hoge Raad de zorgvuldigheidsnorm van de faillissementscurator als volgt:

57 Vgl. Pres. Rb. Amsterdam 24 maart 1988, KG 1988, 165.

58 Zo kan de curator bijvoorbeeld niet zonder meer persoonlijk aansprakelijk worden geacht, wanneer hij in een door hem aanhangig gemaakte procedure wordt veroordeeld in de proceskosten, waarvoor de boedel onvoldoende verhaal biedt. De curator zal voor het onvoldaan blijven van geliquideerde proceskosten slechts persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gehouden, wanneer een redelijk bekwame en redelijk handelend curator de procedure niet was aangegaan, bijvoorbeeld omdat deze procedure bij voorbaat kansloos was. Vgl. Rb. Breda 19 maart 1996, JOR 1996/38 m.nt. G.A.J. Boekraad en NJ Kort 1996, 34. Anders: De Liagre Böhl (blz. 51) die persoonlijke aansprakelijkheid van de curator reeds aanneemt, indien deze een procedure is begonnen zonder zorg te dragen voor dekking voor een eventuele veroordeling in de proceskosten.

"Een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht."

Ik acht het aannemelijk dat een curator, die een schuld is aangegaan waarvan hij wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat deze niet uit de boedel zou kunnen worden voldaan, terwijl hij zijn wederpartij over dat risico onvoldoende heeft ingelicht, in strijd handelt met deze zorgvuldigheidsnorm en derhalve persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de door de wederpartij geleden schade. Hier dringt zich de analogie op met de bestuurder van een rechtspersoon, die volgens vaste rechtspraak persoonlijk aansprakelijk is voor de schade welke het gevolg is van het feit dat de vennootschap haar verplichtingen uit een overeenkomst niet kan nakomen, indien de bestuurder bij het aangaan van de overeenkomst wist, althans redelijkerwijs behoorde te begrijpen, dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de tengevolge van die wanprestatie door de wederpartij te lijden schade⁵⁹.

5.3.5 Onverschuldigde betaling

Het komt regelmatig voor dat aan de curator of de gefailleerde per vergissing een betaling wordt gedaan. In de literatuur en de lagere jurisprudentie heerst verdeeldheid over de vraag, of de curator een dergelijk onverschuldigd bedrag onmiddellijk mag restitueren wanneer de boedel negatief is. Degenen die deze vraag bevestigend beantwoorden, voeren onder meer aan dat niet terugbetalen volstrekt onredelijk is⁶⁰. Anderen menen dat de vordering wegens onverschuldigde betaling een concurrente boedelvordering is, die pas (gedeeltelijk) uit een negatieve boedel kan worden voldaan

59 Vgl. o a. HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 m nt Ma (Beklamel) en HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 m nt Ma. Dat in dit verband ook betekenis kan worden toegekend aan de vraag of de bestuurder van de rechtspersoon bij het aangaan van de overeenkomst de wederpartij heeft geïnformeerd over de financiële toestand van de rechtspersoon, blijkt onder meer uit de uitspraak van het Hof kenbaar uit HR 13 oktober 1995, NJ 1996, 140, alsmede uit de noot van J M M. Maerjé onder dit arrest.

60 Deze opvatting vindt men o a. bij A. van Hees, *De negatieve faillissementsboedel*, in: *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, blz. 585 en B J R P. Verhoeven, *Een pure vergissing*, TvI 1997/3, blz. 61-63. Overeenkomstig deze opvatting ook Ktg. Tilburg 12 september 1985, NJ 1986, 272.

als alle preferente boedelschuldeisers geheel zijn betaald⁶¹. De kwestie is van groot praktisch belang. Juist in faillissementen komen abusievelijke betalingen veel voor en ook een negatieve boedel is, zoals ik reeds vermeldde, geen uitzondering. Reden genoeg om de positie van de onverschuldigde betaler in geval van een negatieve boedel nader te beschouwen. Ik ga daarbij in op de volgende vragen:

- Behoort het onverschuldigd betaalde bedrag tot het vermogen van de gefailleerde?
- Zo ja, levert de verplichting tot restitutie van dit bedrag een boedelschuld op?
- Zo ja, welke rangorde komt toe aan de vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling?
- Mag de curator deze vordering onmiddellijk en integraal voldoen?

De vraag of het onverschuldigd betaalde bedrag in het vermogen van de gefailleerde is gevallen, kan men ook anders stellen: heeft de betaler een goederenrechtelijke aanspraak op het onverschuldigd betaalde bedrag? Wanneer de betaling op girale wijze is geschied op een bank- of girorekening, zal deze vraag ontkennend moeten worden beantwoord. Doorgaans zal moeten worden aangenomen dat door girale overboeking het desbetreffende geldbedrag zijn individualiteit heeft verloren en door vermenigving deel is gaan uitmaken van het vermogen van de gefailleerde⁶². Uit het arrest HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 m.nt. WMK (Slis-Stroom) blijkt dat vrij uitgebreide maatregelen nodig zijn om te bewerkstelligen dat een gi-

61 Zie overeenkomstig deze opvatting de navolgende jurisprudentie: Rb. Arnhem 18 juni 1982, NJ 1983, 249 m.nt. BW; Hof Amsterdam 6 oktober 1994, TvI 1995/6-Nieuwsbrief, blz. 46; Rb. Breda 19 maart 1996, JOR 1996/38 m.nt. G.A.J. Boekraad en NJ Kort 1996, 34; Rb. Rotterdam 30 mei 1996, JOR 1996/89 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (tegen dit vonnis is sprongcassatie ingesteld; naar verwachting zal de Hoge Raad op 5 september 1997 uitspraak doen); Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 10 april 1997, JOR 1997/57. Zie overeenkomstig deze opvatting de navolgende literatuur: R.J. Verschoof, Een nieuw soort schuldeiser in faillissement(?), WPNR 5814 (1987), blz. 55-56; P. van Schilfgaarde in zijn noot onder HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 (De Ranitz q.q./Ontvanger); S.C.J.J. Kortmann, Onverschuldigde betaling aan de curator, WPNR 6171 (1995), blz. 159-160; C.F.W.A. Hamm, De onrechtmatige daad van een curator en de onverschuldigde betaling aan de boedel in het licht van recente jurisprudentie, TvI 1996/4, blz. 99, blz. 96 en W.A.K. Rank, Geld, geldschuld en betaling, diss. Leiden, Deventer 1996, blz. 240-241.

62 Zo ook Rb. Arnhem 18 juni 1982, NJ 1983, 249 m.nt. BW; R.J. Verschoof, a.w. (WPNR 5814), blz. 55-56 en W.A.K. Rank, a.w., blz. 240-241.

raal overgeboekt bedrag afgescheiden blijft van het (overige) vermogen van de gefailleerde, namelijk de opening van een aparte rekening en een omschrijving van de hoedanigheid van de ontvanger. Wanneer per ongeluk op een verkeerde rekening een bedrag wordt gestort, is aan deze vereisten niet voldaan. De betaler resteert slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak op grond van art. 6:203 BW.

Nu moet worden aangenomen dat het onverschuldigd betaalde bedrag deel uitmaakt van het vermogen van de gefailleerde, moet de vraag worden gesteld of de verplichting om dit bedrag terug te betalen een boedelschuld oplevert. Dat deze vraag doorgaans bevestigend moet worden beantwoord, volgt naar mijn mening reeds uit het bepaalde in art. 24 Fw. Volgens deze bepaling is de boedel aansprakelijk voor verbintenissen van de schuldenaar (lees: gefailleerde⁶³) die na de faillietverklaring zijn ontstaan, indien en voor zover de boedel tengevolge daarvan is gebaat. Aangezien een onverschuldigde betaling een verbintenis uit de wet (art. 6:203 BW) doet ontstaan ten laste van de gefailleerde is art. 24 Fw daarop van toepassing. Dat is niet alleen het geval wanneer de onverschuldigde betaling feitelijk aan de gefailleerde is gedaan, maar ook wanneer de onverschuldigde betaling is gedaan aan de curator, bijvoorbeeld door abusievelijke storting op de faillissementsrekening. Een dergelijke onverschuldigde betaling levert immers evenzeer een verbintenis jegens de gefailleerde op. Voor de toepasselijkheid van art. 24 Fw is niet vereist dat een verbintenis is ontstaan door toedoen van de gefailleerde. Dit laatste blijkt uit HR 14 december 1984, NJ 1985, 288 m.nt. G (Floritex) waarin de Hoge Raad overwoog:

"Evenzeer faalt onderdeel b voor zover het betoogt dat art. 24 Fw naar doel en strekking alleen van toepassing zou zijn op verbintenissen die door toedoen van de gefailleerde zijn ontstaan (...)"

In hetzelfde arrest heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat onder verbintenissen, ontstaan na faillietverklaring in de zin van art. 24 Fw, ook valt de verbintenis uit een tijdens faillissement verrichte betaling die later onverschuldigd bleek. Op grond van art. 24 Fw is de boedel overigens slechts aansprakelijk wanneer zij door de onverschuldigde betaling is gebaat. Dat be-

63 Art. 24 Fw zou eigenlijk moeten spreken van 'gefailleerde' in plaats van 'schuldenaar', zo stelde Minister Smidt tijdens de Beraadslaging in de Tweede Kamer, Van der Feltz, I, blz. 362.

tekent dat het onverschuldigd betaalde bedrag aan de boedel ten goede moet zijn gekomen. Slechts in uitzonderingsgevallen zal men kunnen aannemen dat een onverschuldigd betaald bedrag niet aan de boedel ten goede is gekomen, zodat de boedel niet is gebaat en de verplichting tot terugbetaling dus geen boedelschuld oplevert. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer, zoals in de zaak van het Floritex-arrest, de gefailleerde buiten medeweten en toestemming van de curator over (een gedeelte van het) onverschuldigd betaalde bedrag heeft beschikt⁶⁴. De boedel is dan niet gebaat zodat niet de boedel doch alleen de gefailleerde 'persoonlijk' aansprakelijk is voor de verbintenis uit hoofde van onverschuldigde betaling. Aan de onverschuldigde betaler komt in dat geval niet meer dan een niet-verifieerbare vordering toe⁶⁵. Het voorgaande is geheel in overeenstemming met het door mij in paragraaf 1.7 geformuleerde subcriterium IIa.

Van het standpunt dat een per vergissing betaald bedrag op de girorekening van de gefailleerde niet in de boedel is gekomen, lijkt de Kantonrechter te Tilburg uit te gaan in zijn vonnis van 12 september 1985⁶⁶. Hij overweegt dat het de curator onmiddellijk duidelijk moest zijn geweest dat het bedrag niet voor de boedel bestemd was en dat de boedel daarop ook geen enkele aanspraak kan maken. Ook al zou de curator het bedrag niet hebben gesepareerd, dan nog zou hij gehouden zijn tot onmiddellijke en integrale restitutie, dus zonder dat er ten aanzien van deze vordering van een pondspondsgewijze verdeling of een rangregeling sprake kan zijn.

Met Kortmann⁶⁷ ben ik van mening dat deze beslissing in strijd is met art. 20 Fw. Volgens deze bepaling omvat het faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij

64 Overigens zal de curator het bedrag, waarover de gefailleerde heeft beschikt, kunnen terugvorderen van de wederpartij van de gefailleerde (HR 11 januari 1980, NJ 1980, 563 m.nt. BW). Of dit tot een bate leidt zal mede afhangen van de solvabiliteit van de ontvanger.

65 Anders: W.C.L. van der Grinten in zijn noot (nr. 4) onder het Floritex-arrest in NJ 1985, 288. Van der Grinten acht het moeilijk aanvaardbaar dat de onverschuldigde betaler te goeder trouw, indien de boedel niet is gebaat, geen concurrente verifieerbare vordering wordt toegekend.

66 Ktg. Tilburg 12 september 1985, NJ 1986, 272. Kritiek op deze uitspraak levert R.J. Verschoof, a.w. (WPNR 5814); instemmend P.P.L. Lucas, Boedelschulden bij voorbaat, NJB 1987, blz. 114-116.

67 S.C.J.J. Kortmann, a.w. (WPNR 6171), blz. 159-160.

gedurende het faillissement verwerft. In de Memorie van Toelichting wordt hierover opgemerkt:

"Elk vermogensdeel, geen uitgezonderd, is in beginsel aan het beslag onderworpen. Hieruit volgt dat alles wat gedurende het faillissement door den schuldenaar verworven wordt, dus toetreedt tot het vermogen, waarop het beslag rust, eo ipso in het faillissement valt."⁶⁸

Uit het regeringsantwoord op kamervragen blijkt dat het de bedoeling is geweest alleen een uitzondering te maken voor hetgeen de schuldenaar voor zijn levensonderhoud en bestaan niet kan ontberen (zie art. 21 Fw)⁶⁹. Het begrip 'verwerven' in de zin van art. 20 Fw moet dan ook ruim worden opgevat. Ook het innen van een onverschuldigd betaald bedrag valt daaronder⁷⁰. Het feit dat een dergelijk bedrag noch door arbeid, noch door verdienste noch door moeite is verkregen doet daaraan niet af, oordeelde ook het Hof Amsterdam in zijn arrest van 6 oktober 1994⁷¹. Evenmin achtte het Hof van belang of er tussen de onverschuldigde betaler en de gefailleerde een met de betaling verband houdende rechtsverhouding bestond. Een onverschuldigd betaald bedrag valt dus onder het faillissementsbeslag en behoort derhalve tot de boedel. Het feit dat de boedel daarmee gebaat is, maakt de verplichting tot restitutie een boedelschuld.

Zolang de boedel positief is, zal degene die onverschuldigd heeft betaald aan de curator c.q. de gefailleerde als boedelschuldeiser altijd worden volstaan. Is de boedel daarentegen negatief, dan dient men zich af te vragen welke rangorde binnen de wettelijke regeling toekomt aan de vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling.

Verdedigd wordt wel dat de verplichting tot restitutie van een onverschuldigd betaald bedrag moet worden aangemerkt als zijnde (eigenlijke) executiekosten. Op grond van art. 3:277 lid 1 BW zou deze vordering dan bij voorrang in mindering moeten worden gebracht op het door de onverschuldigde betaling ontstane actief, zodat daarvan geen netto-opbrengst resteert ten behoeve van de overige boedelschuldeisers. Deze visie stelt de terugbetalingsverplichting op één lijn met bijvoorbeeld de verplichting om

68 Van der Feltz, I, blz. 340.

69 Van der Feltz, I, blz. 342 e.v.

70 Vgl. Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 10 april 1997, JOR 1997/57.

71 Rolnr. 564/94, gedeeltelijk gepubliceerd in TvI 1995/6-Nieuwsbrief, blz. 46.

de nota van een makelaar te betalen, waarvan men meent dat deze als executiekosten in mindering moet worden gebracht op de bruto-opbrengst. Zo deze vergelijking al opgaat, gaat deze visie mijns inziens uit van een te ruime opvatting van het begrip eigenlijke executiekosten. Zoals in paragraaf 2.2.5 reeds is betoogd, moet dit begrip strikt beperkt worden opgevat: de verplichting tot restitutie van een onverschuldigd betaald bedrag valt daar in ieder geval niet onder.

Men kan naar mijn mening tot geen ander oordeel komen, dan dat de vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling slechts een concurrente boedelschuld oplevert. Binnen het stelsel van wettelijke rangorde zal zij dus pas als laagst gerangschikte boedelschuld uit de negatieve boedel kunnen worden voldaan.

De praktijk is vaak anders. Veel curatoren achten het onredelijk dat preferente boedelschuldeisers worden voldaan uit het actief dat door de onverschuldigde betaling is verkregen, terwijl de onverschuldigde betaler met lege handen achterblijft. Wachter verwoordt dit gevoel van ongenoegen als volgt:

"Is het niet merkwaardig, dat iemand, die onverschuldigd aan de boedel betaalt, door de curator en andere boedelschuldeisers met gejuich ontvangen wordt, omdat er zodoende een breder financieel draagvlak ontstaat voor de omslag van de faillissementskosten."⁷²

Wachter constateert vervolgens - mijns inziens volkomen terecht - dat anderszijds een voorkeursbehandeling van iemand die onverschuldigd betaalt niet past in het systeem van de Faillissementswet. Ook op grondslag van ongerechtvaardigde verrijking komt aan de onverschuldigd betaler niet zo'n voorkeursbehandeling toe. De redenering die Voûte⁷³ daarvoor aandraagt gaat, zoals in paragraaf 5.3.3 reeds is betoogd, niet op. Ook kan niet worden gezegd dat de curator aan de onverschuldigde betaler feitelijke voorrang kan verschaffen door hem onmiddellijk terug te betalen. In paragraaf 5.3.4 heb ik geconstateerd dat doorbreking van de *paritas creditorum* op die grond slechts mogelijk is wanneer dat in het belang van de boedel

72 B. Wachter in zijn noot onder Rb. Arnhem 18 juni 1982, NJ 1983, 249.

73 P.C. Voûte, Over het faillissement en boedelschulden die vooraf (buiten een eventuele rangregeling om) voldaan moeten worden, NTBR 1994, blz. 233-241.

is. Het moge duidelijk zijn dat de boedel bij onmiddellijke restitutie van een onverschuldigd betaald bedrag geenszins is gebaat.

Wat overblijft is het gevoel van redelijkheid en billijkheid dat veel curatoren inspireert tot onmiddellijke restitutie. Maar ook deze redelijkheidsredenering rechtvaardigt niet dat inbreuk wordt gemaakt op de keuze die de wetgever in titel 3.10 BW en in diverse andere wetten heeft gemaakt ten aanzien van de rangorde van vorderingen. Bovendien wordt er op nogal willekeurige wijze een beroep gedaan op de redelijkheidsredenering. Wanneer iemand vlak voor faillissement onverschuldigd betaalt heeft hij slechts een concurrente vordering. Curatoren plegen deze ook als zodanig te behandelen. Ook dan worden boedelschuldeisers en preferente faillissementsschuldeisers dankbaar uit het onverschuldigd betaalde bedrag voldaan en blijft de onverschuldigde betaler geheel of gedeeltelijk met lege handen achter. Waarom is dat wel redelijk?⁷⁴

5.4 Resumé: overzicht van de rangorde van boedelschulden

Hieronder volgt nogmaals een overzicht van de volgorde waarin boedelschulden in geval van een negatieve boedel volgens de wettelijke rangregeling moeten worden voldaan, aangevuld met hetgeen ik heb opgemerkt over de mogelijkheid om bepaalde boedelschulden op grond van feitelijke voorrang buiten de rangregeling om te voldoen.

Boedelschulden die buiten een rangregeling om worden betaald:

1. Boedelschulden met feitelijke voorrang, omdat zij reeds vooraf zijn voldaan of omdat de curator de garantie van betaling bij voorrang heeft gegeven.

Volgorde volgens de wettelijke regels van rangorde:

Boedelschulden die zijn te beschouwen als 'kosten van executie en vereffening' van de negatieve boedel in de zin van art. 3:277 lid 1 BW:

2. eigenlijke executiekosten (bijzondere faillissementskosten⁷⁵);
3. vereffeningskosten (salaris en verschotten curator).

74 Zie voor andere voorbeelden S.C.J.J. Kortmann, a.w. (WPNR 6171), blz. 160.

75 In enge zin; zie paragraaf 2.2.5.

Na voldoening van de categorieën 2 en 3 resteert de netto-opbrengst van de boedel die als volgt moet worden verdeeld:

4. Boedelschulden met 'superpreferentie';
5. Boedelschulden met bijzondere preferentie;
6. Boedelschulden met algemene preferentie;
7. Concurrente boedelschulden.

Bij dit overzicht dient nog te worden opgemerkt dat het mijn voorkeur heeft de vereffeningskosten (categorie 2) beperkt op te vatten en daartoe alleen te rekenen het salaris en de verschotten van de curator, zie paragraaf 5.2.3.2. Ik heb reeds aangegeven dat het verdedigbaar is onder deze kosten van executie en vereffening ook andere boedelschulden te rekenen, zoals de kosten van bepaalde ingeschakelde derden. Ik constateerde in paragraaf 5.2.3.3 echter dat daarmee niet altijd kan worden verklaard waarom de door de curator aangegane verplichtingen in de praktijk vaak bij voorrang worden voldaan. Deze praktijk kan wel worden gerechtvaardigd door aan te nemen dat aan deze boedelschulden onder omstandigheden feitelijke voorrang toekomt. Die oplossing heeft daarnaast ook het voordeel dat de curator een zekere mate van vrijheid heeft ten aanzien van de vraag welke boedelschulden bij voorrang kunnen worden voldaan.

De curator dient overigens niet al te creatief om te gaan met de vraag welke kosten vallen onder zijn verschotten. Uit mijn onderzoek is gebleken dat het in de praktijk voorkomt dat de curator bepaalde concurrente boedelschulden, waarvan hij wenselijk acht dat ze bij voorrang worden voldaan, door de Rechtbank als verschotten laat begroten. Men kan hierbij denken aan de kosten van een door de curator ingeschakelde derde waaraan geen feitelijke voorrang toekomt, omdat de betreffende derde niet vooraf is betaald, en hem evenmin expliciet de garantie van betaling bij voorrang is gegeven. Ten aanzien van dergelijke kosten kan toch moeilijk worden verdedigd dat het om verschotten van de curator gaat.

Hierna volgt een (niet limitatieve) opsomming van boedelschulden, met daarachter de vermelding in welke categorie(ën) zij in geval van een negatieve boedel kunnen vallen⁷⁶:

76 Voor de vraag welke boedelschulden zich kunnen voordoen, heb ik dankbaar gebruik gemaakt van het overzicht van De Liagre Böhl, blz. 250.

Overzicht rangorde boedelschulden

Feitelijke voorrang 1)	1						
Eigenlijke executiekosten		2					
Vereffeningskosten			3				
Superpreferentie				4			
Bijzondere preferentie					5		
Algemene preferentie						6	
Concurrent							7
salaris en verschotten curator			X				
door de curator aangegane verplichtingen (ungeschakelde derden)	X	X 2)			X 3)	X 4)	X
vergoeding aan gefailleerde voor bewezen diensten (art 177 Fw)	X						X
belastingen (art 21 Iw) en premies sociale verzekeringen (art 16 Coördinatiewet Sociale Verzekering)				X			
bedrijfsvereniging ter zake van na faillissement overgenomen loon- en premieverplichtingen (artt 66 WW jo 3 288 onder e BW)						X	
nakoming van door de gefailleerde aangegane verbintenissen voorzover de boedel is gebaat (art 24 Fw)					X	X	X
door de curator verschuldigde proceskosten							X
omzetbelasting over uitgewonnen activa (art 21 Iw)				X			
des-WIR (art 21 Iw)				X			
affinancieringsverplichting						X	X
restitutie onverschuldigde betaling							X
door de curator q q verschuldigde schadevergoeding (bijv uit onrechtmatige daad)							X
verhuurder ter zake van na faillissement vervallen huurtermijnen (art 39 lid 1 Fw)							X
advertentiekosten							X 5)
griffiekosten							X

- 1) Uit het voorgaande is gebleken dat feitelijke voorrang kan ontstaan door betaling van een vordering vooraf (in beginsel kan iedere vordering vooraf worden betaald, doch in het overzicht is slechts de door de curator gecreëerde feitelijke voorrang aangege-

ven) of door de garantie van de curator dat een vordering bij voorrang zal worden voldaan.

- 2) Bijvoorbeeld veilingkosten en deurwaarderskosten.
- 3) Bijvoorbeeld een 'kleine aannemer' die in opdracht van de curator kosten van bearbeiding heeft gemaakt ten behoeve van een goed uit de boedel (art. 3:285 BW).
- 4) Bijvoorbeeld de loonverplichtingen ontstaan na faillissement jegens de werknemers die onder de curator nog werkzaamheden hebben verricht (art. 3:288 onder e BW).
- 5) Op grond van art. 16 lid 4 Fw kunnen de advertentiekosten bij ontoereikend actief ten laste van de staat worden gebracht.

ENIGE FISCALE VRAAGSTUKKEN BIJ DE VERDELING VAN BOEDELACTIEF

6.1 Het bodemvoorrecht van de fiscus bij de verdeling van boedelactief

6.1.1 *Het fiscale voorrecht, bodemrecht en bodemvoorrecht*

Het *fiscale voorrecht* is geregeld in art. 21 Iw. Het is een algemeen voorrecht dat - op enkele uitzonderingen na¹ - in rang gaat boven alle andere voorrechten. Art. 22 lid 3 Iw heeft betrekking op het zogenaamde *bodemrecht* van de fiscus. Het ontzegt derde-rechthebbenden het recht in verzet te komen (vgl. art. 456 Rv) tegen het beslag op bodemzaken inzake naheffingsaanslagen van de in dit lid genoemde belastingen². Als bodemzaken worden aangemerkt: "ingeoogste of nog niet ingeoogste vruchten, of roerende niet-registergoederen tot stoffering van een huis of landhoef, of tot bebouwing of gebruik van het land, die zich tijdens de beslaglegging bevinden op de bodem van de belastingschuldige". Enige termen behoeven nadere uitleg:

- 'Stoffering': al hetgeen strekt tot een enigszins duurzaam gebruik van het gebouw overeenkomstig zijn bestemming, waardoor het gebouw tevens beter aan die bestemming beantwoordt. Als zodanig kunnen onder andere worden aangemerkt: inventaris (huis- en kantoormeubels, computers, schrijfmachines e.d.) en roerende productiemiddelen (machines, drukpersen in een drukkerij e.d.). Onder deze om-

1 Het fiscale voorrecht gaat in rang na de voorrechten als genoemd in de artt. 3:287 BW, 3:288 onder a BW en 3:284 BW. De laatstgenoemde uitzondering geldt alleen voor kosten van behoud, welke na dagtekening van het betreffende aanslagbiljet zijn ontstaan.

2 Het bodemrecht geldt onder andere niet voor vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting. Het geldt ook niet voor verzekeringspremies verschuldigd aan uitvoeringsorganen sociale verzekeringen.

schrijving vallen echter niet bedrijfsvoorraden (hulp- en grondstoffen, voorraad gereed product e.d.)³.

- 'Huis of landhoef': dit moet worden opgevat als gebouw⁴.
- 'Bodem': dit is het perceel of het gedeelte daarvan, dat bij de belastingschuldige - voor welk doel dan ook - in gebruik is en waarover hij onafhankelijk van anderen de feitelijke beschikking heeft⁵.

Alle zaken die aan deze criteria voldoen, zijn 'bodempzaken'. Zij kunnen aan de belastingschuldige toebehoren, maar het fiscale bodembeslag treft ook zaken die eigendom zijn van derden. In zoverre vormt het bodemrecht van de fiscus een uitzondering op het uitgangspunt van art. 3:276 BW, dat een schuldeiser zich slechts op het vermogen van de schuldenaar kan verhalen. Uit de Leidraad Inv. blijkt echter dat de fiscus zijn bodemrecht slechts jegens derde-rechthebbenden inroept, wanneer de eigendom van derden een zekerheidskarakter draagt. Hoewel naar de letter van de wet ook zaken aan het bodemrecht zijn onderworpen die in reële eigendom aan derden toebehoren, worden deze uit beleidsoverwegingen ontzien. Aan het begrip 'reële eigendom' komt veeleer een economische dan een juridische betekenis toe. Van reële eigendom van een derde-schuldeiser is sprake, wanneer bij deze schuldeiser het economisch risico rust, in die zin dat hij als economisch eigenaar van de zaak kan worden aangemerkt⁶. In de Leidraad Inv. wordt een en ander als volgt verwoord:

"() het eigendomsrecht van een derde wordt ontzien in de gevallen, waarin sprake is van reële eigendom van de derde. Onder reële eigendom van de derde wordt verstaan de situatie waarin de zaken zowel juridisch eigendom zijn van de derde als in economisch opzicht in overwegende mate aan hem toebehoren. Verhaal op zaken van een derde is (derhalve) gerechtvaardigd indien de economische verhouding tussen de belastingschuldige en de zaken aanleiding geeft ze als zijn zaken aan te merken. Als voorbeelden hiervan kunnen gelden de gevallen waarin zaken zijn geleverd

3 Vgl. Leidraad Inv., art. 22, paragraaf 3, onder 1.

4 Vgl. HR 8 maart 1929, B. 4500.

5 Vgl. HR 18 oktober 1991, NJ 1992, 298. Zie ook Leidraad Inv., art. 22, paragraaf 3, onder 1. Omdat het gaat om de *feitelijke* beschikking is niet vereist dat de belastingschuldige eigenaar is van het perceel.

6 Om vast te stellen waar het economisch belang bij een zaak zich bevindt zijn een aantal vragen van belang: Wie draagt het risico voor het tenietgaan of beschadiging van de zaak? Wie draagt de kosten voor onderhoud, herstel etc.? Wie is verantwoordelijk voor de gevolgen van het gebruik van de zaak? Ten laste of ten gunste van welke partij komt uiteindelijk een eventuele waardevermindering respectievelijk vermeerdering van de zaak?

in huurkoop of onder eigendomsvoorbehoud. Ook valt bijvoorbeeld te denken aan situaties waarin door middel van leasing⁷ of andere vormen van huur of bruikleen het economisch risico van waardevermindering van de zaken in overwegende mate bij de belastingschuldige ligt.⁸

Men kan zich nog afvragen of het arrest van de Hoge Raad van 19 mei 1995, NJ 1996, 119 m.nt. WMK (Keereweer q.q./Sogelease) consequenties heeft voor de vraag, welke rechten van derden door het fiscale bodemrecht worden getroffen. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat de daarin aan de orde zijnde sale and lease-back overeenkomst niet in strijd was met het verbod van eigendomsoverdracht tot zekerheid zoals vastgelegd in art. 3:84 lid 3 BW. Dit ondanks het feit dat het in casu financial lease betrof omdat de economische eigendom veeleer bij de lessee lag dan bij de lessor. Zo was in de lease-overeenkomst een koopoptie opgenomen volgens welke de lessee aan het einde van de overeenkomst het recht had de lease-objecten - in casu drukpersen - voor het symbolische bedrag van f 100,- te kopen, kwamen het onderhoud en alle risico's met betrekking tot het gebruik van de drukpersen voor rekening van de lessee en werden de drukpersen wel op de balans van de lessee geactiveerd doch niet op de balans van de lessor. Dit alles betekende volgens de Hoge Raad nog niet dat er sprake was van een rechtshandeling 'die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid'. Daarvan is - kort gezegd - naar het oordeel van de Hoge Raad slechts sprake, wanneer de bevoegdheden van de verkrijger in geval van wanprestatie van zijn wederpartij, zijn beperkt tot het recht het overgedragen goed te gelde te maken teneinde zich uit de opbrengst daarvan te voldoen. Art. 3:84 lid 3 BW staat volgens de Hoge Raad niet in de weg aan een overeenkomst die ertoe strekt, enerzijds dat een zaak door de overdrager aan de verkrijger wordt verkocht en overgedragen, en anderzijds dat de zaak door de verkrijger tegen betaling aan de overdrager in gebruik wordt gegeven onder zodanige voorwaarden, dat de verkrijger in geval van wanprestatie van zijn wederpartij de overeenkomst slechts behoeft te ontbinden teneinde weer vrijelijk en volledig over zijn zaak te kunnen beschikken.

7 Bij toepassing van dit criterium is er in geval van operational lease sprake van reële eigendom van de lessor, zodat het bodemrecht geen toepassing vindt. Het tegendeel is het geval bij financial lease, waarbij het economisch risico van het leaseobject bij de lessee ligt. Vgl. J.J. van Hees, *Leasing*, diss. Nijmegen, Deventer 1997, blz. 194.

8 Leidraad Inv., art. 22, paragraaf 5, onder 2.

De Hoge Raad heeft hiermee de werkingssfeer van art. 3:84 lid 3 BW aanzienlijk beperkt. Er is minder snel sprake van een zekerheidsoverdracht in de zin van die bepaling, dan daarvoor wel werd aangenomen. De vraag rijst of dit ook consequenties heeft voor de mogelijkheid van de fiscus om zijn bodemrecht uit te oefenen. Moet uit het voornoemde arrest worden afgeleid, dat de fiscus zijn bodemrecht bijvoorbeeld niet meer (altijd) kan inroepen jegens de lessor in geval van financial lease? Deze vraag moet mijns inziens ontkennend worden beantwoord. Vooropgesteld moet worden dat het fiscale bodemrecht in de wet niet is beperkt tot 'zekerheidsobjecten'. De fiscus heeft dienaangaande beleidsvrijheid die hij zelf in de Leidraad Inv. heeft begrensd. Deze grenzen zijn gelegen in het al dan niet in economische zin toebehoren van bepaalde zaken aan derden. Voor de beantwoording van de vraag of het bodemrecht kan worden uitgeoefend ten aanzien van zaken die in juridische zin aan derden in eigendom toebehoren, blijft dus doorslaggevend of deze zaken ook in economische zin tot het vermogen van die derden moeten worden gerekend.

Na de faillietverklaring van de belastingschuldige vervalt het bodembeslag op zaken die aan de belastingschuldige toebehoren (art. 33 Fw). Dat geldt niet voor het bodembeslag dat rust op bodemzaken die (in juridische zin) aan derden toebehoren. Ook na faillissement kan op deze zaken rechtsgeldig bodembeslag worden gelegd. Hierdoor kan de fiscus zelf haar rangpositie tijdens faillissement effectueren, zelfs zonder bij te dragen in de omslag van de algemene faillissementskosten. In deze zin is zijn positie vergelijkbaar met die van de separatist.

Met de 'verbanning' van de fiduciaire eigendomsoverdracht in het nieuw BW (vgl. art. 3:84 lid 3 BW) en de vervanging daarvan door het stille pandrecht, is het fiscale bodemrecht voor een belangrijk deel opgegaan in het fiscale voorrecht. De zaken die onder het oude recht door de gefailleerde tot zekerheid in eigendom waren overgedragen, vielen niet onder het faillissementsbeslag en waren dus ook tijdens faillissement voor bodembeslag vatbaar. Zaken van de gefailleerde waarop een stil pandrecht rust, blijven daarentegen tot het vermogen van de gefailleerde behoren. Zij vallen dus onder het faillissementsbeslag, waardoor de fiscus daarop geen bodembeslag kan leggen.

Om dit nadeel voor de fiscus te compenseren is in art. 22 lid 2 Iw bepaald, dat het voorrecht van de fiscus tevens boven pandrecht gaat⁹, voor zover dit rust op een zaak als bedoeld in art. 22 lid 3 Iw die zich ten tijde van de faillietverklaring op de bodem van de belastingschuldige bevindt en tegen inbeslagneming waarvan derden zich op die grond niet kunnen verzetten. Dit wordt wel aangeduid als het *bodemvoorrecht* van de fiscus. Uit het feit dat het bodemvoorrecht slechts rust op zaken die zich op de bodem van de gefailleerde bevinden, volgt dat het slechts stil verpande zaken kan treffen. Het geldt ook slechts voor vorderingen ter zake van belastingen waarvoor het bodemrecht geldt.

Het is met name dit bodemvoorrecht, dat bij de verdeling van boedelactief een aantal vragen opwerpt. Voordat deze vragen in de volgende paragrafen worden besproken, dient nog een korte blik in de toekomst te worden geworpen. Het fiscale voorrecht (inclusief het bodemvoorrecht) en het fiscale bodemrecht zijn twee omstreden instituten. Bij de invoering van de Invorderingswet 1990 werd de discussie uitgesteld door middel van een horizonbepaling: het bodemrecht zou vervallen, tenzij voor 1 januari 1993 een wetsvoorstel voor een definitieve regeling van het bodemrecht zou zijn ingediend (art. 70 Iw). Wetsvoorstel 22 942¹⁰ beoogt onder meer deze definitieve regeling te bewerkstelligen. Met dit wetsvoorstel is de discussie echter niet ten einde. Integendeel; er is van verschillende kanten veel kritiek op het wetsvoorstel geleverd. Het is dan ook zeer de vraag of het wetsvoorstel in zijn huidige vorm daadwerkelijk tot wet zal promoveren. Vooralsnog zal men moeten uitgaan van de huidige regeling zoals hiervoor kort geschetst. Ook in het navolgende zal van de huidige wetgeving worden uitgegaan. Ten aanzien van het wetsvoorstel wordt hier volstaan met het noemen van de meest wezenlijke veranderingen die daarmee rond de positie van de fiscus worden beoogd:

Zowel het fiscale voorrecht als het fiscale bodemrecht blijven gehandhaafd en worden, voor wat betreft de materieelrechtelijke regels, in het Burgerlijk

9 Dit is dus een uitzondering op de hoofdregel van art. 3:279 BW, dat pand en hypotheek boven voorrecht gaan.

10 Wetsvoorstel 22 942: Wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met de bevoorrechtiging van vorderingen, het verbinden van een bijzonder verhaalsrecht aan bepaalde vorderingen en de invoering van de mogelijkheid van een vereenvoudigde afwikkeling van het faillissement.

Wetboek ondergebracht, te weten in afd. 3.10.2 (voorrechten, waaronder het fiscale voorrecht) en afd. 3.10.3 (bodemrecht in zijn nieuwe vorm).

Ten aanzien van het fiscale voorrecht:

- Het fiscale voorrecht wordt in rang verlaagd. Globaal gezien, wordt het van gelijke rang als alle andere algemene voorrechten (art. 3:280 onder 5 (o)BW).

Ten aanzien van het bodemrecht:

- Het nieuwe bodemrecht wordt geregeld in de artt. 3:286 jo 3:287 (o)BW. Het oude criterium 'bodemzaken' vervalt. Hiervoor in de plaats komt het criterium "roerende zaken die bestemd zijn blijvend te worden gebruikt in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de schuldenaar". Hieronder zullen ook vallen het wagenpark van een onderneming en overige zich niet op de bodem van de belastingsschuldige bevindende bedrijfsmiddelen. Vanwege het nieuwe criterium hanteert men niet meer de term 'bodemrecht' doch de term 'bijzonder verhaalsrecht'.
- Het bijzonder verhaalsrecht treft uitsluitend de overwegend tot zekerheid strekkende rechten van derden. Deze moeten zijn bedongen: het recht van reclame en het retentierecht worden niet getroffen. Reële eigendom van derden wordt in het voorstel derhalve op grond van de wet ontzien.
- Het bijzonder verhaalsrecht blijft niet meer alleen een fiscaal recht. Art. 3:286 (o)BW bepaalt dat het recht ook wordt toegekend aan bedrijfsverenigingen.

Ten aanzien van het bodemvoorrecht:

- Dit blijft gehandhaafd en geldt voor vorderingen waarvoor het bijzonder verhaalsrecht kan worden ingeroepen, zie art. 3:284 (o)BW. Ook de desbetreffende vorderingen van de bedrijfsvereniging gaan vóór het stille pandrecht.

6.1.2 Omvang fiscale vordering nog niet bekend; hoe te handelen?

In paragraaf 4.4 is reeds beschreven dat de curator ingevolge art. 57 lid 3 Fw de opbrengst van stil verpande bodemzaken van de executerende pandhouder kan opeisen tot een bedrag ten belope van de vordering van de Ontvanger waarvoor het bodemvoorrecht geldt. Een praktisch pro-

bleem is dat de hoogte van deze vordering van de Ontvanger bij het uitspreken van het faillissement vaak nog niet vaststaat. Ik noem drie redenen waarom dit het geval kan zijn:

1. De formele belastingschuld kan hoger zijn dan de materiële belastingschuld¹¹. Dit kan zich onder meer voor doen wanneer de belastingschuldige voor faillissement geen aangiften meer heeft gedaan en de inspecteur ambtshalve aanslagen heeft opgelegd. Deze aanslagen zijn altijd hoger dan voorheen gebruikelijk werd afgedragen.
2. De formele belastingschuld op het moment der faillietverklaring kan ook lager zijn dan de materiële belastingschuld. Dit is onder meer het geval wanneer de belastingschuldige te weinig belasting heeft aangegeven en afgedragen. De fiscus kan in een dergelijk geval tot naheffing overgaan.
3. Tenslotte zij gewezen op de fiscale vordering ex art. 29 lid 2 Wet OB, wegens door de gefailleerde reeds in aftrek gebrachte omzetbelasting ter zake van facturen die hij niet zal voldoen. Deze vordering kan pas worden vastgesteld wanneer duidelijk is of de crediteuren die de betreffende facturen hadden uitgebracht, een uitkering uit het faillissement zullen ontvangen¹².

De curator weet dus aanvankelijk niet hoeveel hij ingevolge art. 57 lid 3 Fw van de door de pandhouder gerealiseerde opbrengst van de stil verpande bodemzaken moet opeisen. Tijdens mijn onderzoek is wel gesuggereerd dat de curator dan de gehele opbrengst zou moeten opeisen; dit onder de verplichting om later, wanneer de vordering van de fiscus uiteindelijk minder blijkt te bedragen dan die opbrengst, het restant (inclusief rente) aan de pandhouder af te dragen. Bij een negatieve boedel zou de curator deze concurrente boedelverplichting echter niet (geheel) kunnen voldoen. Daarom wordt wel betoogd dat de curator de opbrengst van de stil verpande zaken zou moeten storten op een afzonderlijke rekening. Deze rekening zou op

11 De *formele belastingschuld* is het bedrag waarvoor de inspecteur een aanslag heeft opgelegd. Onder *materiele belastingschuld* wordt verstaan de belastingschuld die uit de wet ontstaat: dat is de belasting die uiteindelijk daadwerkelijk verschuldigd is. Zie nader HR 11 oktober 1985, NJ 1986, 68 (Kramer q q./NMB).

12 Zie over deze problematiek nader paragraaf 6.2.3.

naam van de curator moeten staan, met vermelding van diens hoedanigheid als inner van de opbrengst van het bodemvoorrecht van de fiscus. Blijkens het arrest HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 m.nt. WMK (Slis-Stroom) is dat voldoende om het geïnde als een afgescheiden vermogen te kunnen beschouwen. Wanneer de vordering van de fiscus later minder blijkt te bedragen dan de opbrengst van de stil verpande bodemzaken, hoeft de pandhouder niet als boedelschuldeiser uit de boedel te worden voldaan. De pandhouder is dan gewoon eerstgerechtigde op een buiten de boedel gebleven opbrengst.

Naar mijn mening is een dergelijk handelen echter niet noodzakelijk. De wet biedt voldoende mogelijkheden om het probleem, zoals dat in de praktijk kennelijk wordt ervaren, op te lossen. Wanneer andere schuldeisers dan de pandhouder op het verpande goed of de opbrengst daarvan beslag hebben gelegd, moet de pandhouder op grond van art. 3:253 lid 1 BW handelen overeenkomstig het bepaalde in art. 490b Rv. Strikt genomen is de curator geen schuldeiser die beslag heeft gelegd in vorenbedoelde zin. Uit art. 57 lid 3 Fw kan echter worden afgeleid dat de curator, die ingevolge die bepaling opkomt voor de vordering van de fiscus, met een dergelijke beslaglegger kan worden gelijkgesteld. Volgens art. 490b lid 2 Rv dient de pandhouder, wanneer hij met de curator niet tot overeenstemming kan komen, de netto-opbrengst van de executie op een aparte rekening te storten bij een kredietinstelling die voldoet aan de vereisten van art. 445 Rv. Wanneer de pandhouder zelf een bank is die aan die vereisten voldoet, kan hij de opbrengst ook onder zichzelf storten. Vervolgens kan de curator of de pandhouder een rangregeling verzoeken overeenkomstig de artt. 480 Rv e.v. Ex art. 483d Rv zal de hoogte van de vordering van de fiscus dan worden geschat. Op een rangregeling zullen de partijen het in de praktijk echter niet vaak laten aankomen. Art. 490b lid 1 Rv laat de mogelijkheid open dat de curator en de pandhouder een overeenkomst treffen. Op deze overeenkomst zijn vanzelfsprekend de regels van het verbintenissenrecht van toepassing. Zo zal men kunnen afspreken dat de pandhouder voorlopig de gehele opbrengst van de stil verpande zaken onder zich houdt, totdat duidelijk is hoe hoog de vordering van de fiscus zal zijn. Ook kan men een voorlopige schatting maken van de hoogte van die vordering, zodat de pandhouder slechts een gedeelte van de opbrengst onder zich houdt. Slechts wanneer de curator vreest dat de pandhouder niet solvabel is, zal deze er goed aan doen te verlangen dat de gehele opbrengst overeenkomstig art. 490b lid 2 Rv op een separate rekening wordt gestort.

6.1.3 Problematiek van de uitwinningsvolgorde

Zoals in paragraaf 6.1.1 is beschreven, bestaat het fiscale voorrecht uit twee onderdelen:

1. Een *algemeen voorrecht* dat rust op alle goederen van de belasting-schuldige (art. 21 lid 1 Iw). In faillissement van de belastingschuldige rust dit voorrecht op alle bestanddelen van de boedel. Ter onderscheiding van de opbrengst van de stil verpande bodemzaken, noemen we dit het *vrije boedelactief*. Dit algemene voorrecht geldt voor vorderingen van de fiscus uit hoofde van alle Rijksbelastingen als bedoeld in art. 1 Iw.
2. Een *bodemvoorrecht* volgens hetwelk de Ontvanger boven de pandhouder is bevoorrecht op de opbrengst van ten tijde van de failliet-verklaring stil verpande bodemzaken. Dit voorrecht geldt slechts voor fiscale vorderingen uit hoofde van de belastingen waarvoor ook het bodemrecht geldt (art. 22 lid 2 jo art. 22 lid 3 Iw).

Deze regeling brengt met zich mee dat de fiscus zich op twee soorten actief bij voorrang kan verhalen. Hij kan zich bij voorrang verhalen op zowel het *vrije boedelactief* als op de opbrengst van stil verpande bodemzaken. De vraag is nu uit welk actief de Ontvanger moet worden voldaan, wanneer het *vrije actief* en de opbrengst van de stil verpande bodemzaken - elk afzonderlijk of bij elkaar - (meer dan) toereikend zijn om de Ontvanger geheel te voldoen. Verschillende oplossingen zijn mogelijk:

1. de vordering van de Ontvanger wordt zoveel mogelijk voldaan uit het *vrije boedelactief*;
2. de vordering van de Ontvanger wordt naar evenredigheid omgeslagen over het *vrije boedelactief* en de opbrengst van de stil verpande bodemzaken;
3. de vordering van de Ontvanger wordt zoveel mogelijk voldaan uit de opbrengst van de stil verpande bodemzaken.

Het belang van de vraag welke oplossing juist is, is groot. Wanneer de Ontvanger wordt voldaan uit de opbrengst van de stil verpande bodemzaken, gaat dit ten koste van de pandhouder. Dit is in het voordeel van de schuldeisers die in rang na of op gelijke voet met de fiscus uit het *vrije boedelactief* moeten worden voldaan. Men kan hierbij denken aan een faillisse-

mentsvordering van de bedrijfsvereniging. Voor zover deze vordering premieschulden betreft is de bedrijfsvereniging ex art. 16 Coördinatiewet Sociale Verzekering op gelijke voet met de fiscus gerechtigd om uit het vrije boedelactief te worden voldaan. Voor zover de faillissementsvordering van de bedrijfsvereniging overgenomen loonverplichtingen betreft, komt aan deze vordering ex art. 66 WW jo art. 3:288 onder e BW een 'gewoon' algemeen voorrecht toe. Dit voorrecht is in rang achtergesteld bij de superpreferente fiscale vordering. In beide gevallen moet de bedrijfsvereniging worden voldaan uit het vrije boedelactief. Wanneer de vordering van de Ontvanger ten laste van de pandhouder geheel of gedeeltelijk uit de opbrengst van de stil verpande bodemzaken wordt voldaan, drukt de fiscale vordering niet of minder op het vrije boedelactief. Dat komt dus ten goede van de bedrijfsvereniging en alle andere schuldeisers die nog geheel of gedeeltelijk uit het vrije actief moeten worden voldaan: de lager (algemeen of bijzonder) bevoorrechte schuldeisers en de concurrente schuldeisers.

Wanneer de Ontvanger uit de opbrengst van de stil verpande bodemzaken wordt voldaan, betekent dit bovendien dat er meer actief beschikbaar komt waarover de algemene faillissementskosten kunnen worden omgeslagen. Uitgangspunt is immers, dat de opbrengst die een pandhouder als separatist realiseert, buiten de boedel blijft en niet voor omslag beschikbaar is. Wanneer echter de curator een gedeelte van de opbrengst ex art. 57 lid 3 Fw van de pandhouder opeist ten behoeve van het bodemvoorrecht van de fiscus, moet over dat gedeelte wel een evenredig deel van de algemene faillissementskosten worden omgeslagen¹³. Ook daarvan profiteren de schuldeisers die uit het vrije actief moeten worden voldaan. Doordat een breder draagvlak is ontstaan voor de omslag van de algemene faillissementskosten wordt het omslagpercentage minder, zodat het vrije netto-boedelactief hoger is. Deze consequentie doet zich overigens alleen voor, wanneer de pandhouder gebruik heeft gemaakt van zijn recht van parate executie ex art. 57 lid 1 Fw. Heeft de curator de stil verpande zaken geëxecuteerd op grond van art. 58 lid 1 Fw, dan is de gehele opbrengst van de verpande zaken voor de omslag ex art. 182 Fw beschikbaar¹⁴.

13 Zulks is gebleken in paragraaf 4.4.

14 Zie paragraaf 4.1.1.

Hierna zullen de consequenties van de verschillende oplossingen worden toegelicht aan de hand van een rekenvoorbeeld:

Voorbeeld 11

Vrije boedelactief:	125
Opbrengst stil verpande bodemzaken (gerealiseerd door de pandhouder):	100
Vordering Ontvanger:	75
Vordering stille pandhouder:	100
Vordering bedrijfsvereniging ter zake van vóór het faillissement overgenomen loonverplichtingen:	50
Concurrente schuldeisers:	300
Algemene faillissementskosten:	50

Oplossing 1: De vordering van de Ontvanger wordt zoveel mogelijk uit het vrije boedelactief voldaan:

Vrije boedelactief:	125
Omslag algemene faillissementskosten:	<u>50</u> -
	75
Ontvanger ex art. 21 lid 1 Iw:	<u>75</u> -
	-
Opbrengst stil verpande bodemzaken:	100
Pandhouder:	<u>100</u> -
	-

Oplossing 2: De vordering van de Ontvanger wordt naar evenredigheid omgeslagen over het vrije boedelactief en de opbrengst van de stil verpande bodemzaken:

Opbrengst stil verpande bodemzaken:	100
Door de curator ex art. 57 lid 3 Fw geïncasseerd: $75 / (100 + 125) \times 100 =$	<u>33</u> - (*)
Resteert voor de pandhouder:	67
Verdere verdeling van het ex art. 57 lid 3 Fw geïncasseerde:	33
Algemene faillissementskosten: $50 / (125 + 33) \times 33 =$	<u>10</u> - (*)
Resteert voor de Ontvanger ex art. 21 lid 2 jo art. 22 lid 3 Iw:	23
Vrije boedelactief:	125
Omslag algemene faillissementskosten: $50 / (125 + 33) \times 125 =$	<u>40</u> - (*)
	85
Ontvanger ex art. 21 lid 1 Iw: $75 - 33 =$	<u>42</u> -
Resteert voor de bedrijfsvereniging ex art. 66 WW jo art. 3:288 onder e BW:	43

(*) = afgerond

Oplossing 3 De vordering van de Ontvanger wordt zoveel mogelijk voldaan uit de opbrengst van de stil verpande bodemzaken

Opbrengst stil verpande bodemzaken	100
Door de curator ex art 57 lid 3 Fw geïncasseerd:	<u>75</u> -
Resteert voor de pandhouder:	25
Verdere verdeling van het ex art. 57 lid 3 geïncasseerde:	75
Omslag algemene faillissementskosten $50 / (125 + 75) \times 75 =$	<u>19</u> - (*)
Ontvanger ex art. 21 lid 2 jo art 22 lid 3 Iw.	56
Vrije boedelactief:	125
Omslag algemene faillissementskosten $50 / (125 + 75) \times 125 =$	<u>31</u> - (*)
	94
Ontvanger ex art 21 lid 1 Iw: $75 - 56 =$	<u>19</u> -
	75
Bedrijfsvereniging ex art 66 WW jo art 3 288 onder e BW:	<u>50</u> -
Resteert voor de concurrente crediteuren	25

(*) = afgerond

Oplossing 1 is mijns inziens de juiste. Hierna zal worden toegelicht waarom de twee andere oplossingen onjuist zijn.

Voorstanders van oplossing 2 zouden op het eerste gezicht een beroep kunnen doen op het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 1926, NJ 1926, blz. 1074 m.nt. E M.M. In dat arrest was de vraag aan de orde, in hoeverre de vordering van de superpreferente vordering van de fiscus kan worden voldaan uit de opbrengst van goederen waarop een bijzonder voorrecht rust. Over deze vraag was, voorafgaande aan het arrest, al jaren een discussie gevoerd in de literatuur¹⁵. Twee systemen werden verdedigd. Het ene ging uit van een omslag van de superpreferente fiscale vordering over iedere opbrengst, dus ook over de opbrengst van een goed waarop een bijzonder voorrecht rust. De voorstanders van dit systeem beriepen zich ondermeer op art. 182 Fw. Dit artikel zou door extensieve interpretatie van toepassing behoren te zijn. De tegenstanders van dit omslagsysteem beriepen zich erop, dat in dit systeem het bijzondere voorrecht niet geheel tot haar recht komt. Zij meenden dat het algemene voorrecht van de fiscus

15 Vgl. Vollmar, blz. 835.

slechts dan op het bijzondere voorrecht inbreuk kan maken, indien de fiscale vordering niet kan worden voldaan uit de opbrengst van de goederen waarop geen bijzondere voorrechten rusten.

In het aangehaalde arrest heeft de Hoge Raad het pleit beslecht in het voordeel van de aanhangers van het systeem van omslag van de fiscale vordering. Uit het feit dat de vordering van de fiscus voorrang heeft boven (nagenoeg) alle andere schuldvorderingen, leidt de Hoge Raad af dat alle goederen van de schuldenaar *in gelijke mate* verhaal bieden voor deze vordering. Er bestaat volgens de Hoge Raad geen aanleiding om de fiscale vordering eerst dan te verhalen op goederen waarop een bijzonder voorrecht rust, wanneer de opbrengst van de overige goederen van de schuldenaar daarvoor niet toereikend is.

De Hoge Raad schrijft dus omslag voor van de superpreferente vordering van de fiscus¹⁶. In de praktijk gebeurt dat ook, en wordt de vordering van de fiscus omgeslagen over de goederen waarop een bijzondere preferentie rust. De vraag die hier moet worden beantwoord is echter, of de fiscale vordering tevens moet worden omgeslagen over de opbrengst van bodemzaken waarop een stil pandrecht rust. Er zijn zowel verschillen als overeenkomsten tussen de stille pandhouder en de 'gewone' bijzonder bevoorrechte schuldeiser. De overeenkomsten zijn, dat zij hun voorrecht slechts geldend kunnen maken ten aanzien van bepaalde goederen en dat zij daarbij beiden het fiscale voorrecht in rangorde boven zich moeten dulden.

De stille pandhouder is echter niet zo maar een bijzonder bevoorrechte schuldeiser. Hij is separatist, hetgeen betekent dat hij zelf, buiten het faillissement om, zijn voorrecht kan effectueren door middel van parate executie. Uit alles blijkt dat de wetgever aan de separatist een bijzonder sterke positie heeft willen geven, waarop slechts om dringende redenen inbreuk mag worden gemaakt. Een dergelijke dringende reden achtte de wetgever bij de introductie van het bodemvoorrecht aanwezig, omdat de vervanging van de fiduciaire eigendomsoverdracht door stille verpanding zou kunnen

16 Op gelijke wijze dienen ook andere superpreferente vorderingen te worden omgeslagen. Te denken valt aan premievorderingen van de bedrijfsvereniging met het voorrecht van art 16 Coördinatiewet Sociale Verzekering. Zie voor meer voorbeelden van dergelijke superpreferente vorderingen: Faillissementswet, Van Zeben - Van Galen/De Liagre Bohl, art 182, aantekening 2.

betekenen, dat de fiscus vaker dan voorheen tekort zou komen. Reeds hieruit volgt dat slechts een beroep kan worden gedaan op het fiscale bodemvoorrecht wanneer de fiscus niet geheel uit het vrije boedelactief kan worden voldaan. Men gaat aan de ratio van het fiscale bodemvoorrecht voorbij wanneer men zou toelaten dat, in de 'slipstream' van de fiscus, andere schuldeisers van het bodemrecht profiteren ten koste van de stille pandhouder.

Oplossing 2 brengt overigens nog een praktisch rekenkundig probleem met zich mee. Wanneer men verdedigt dat de fiscale vordering moet worden omgeslagen over de opbrengst van de stil verpande bodemzaken, zal men zich moeten afvragen over welke opbrengst men moet omslaan: over de bruto-opbrengst of over de netto-opbrengst? In de paragrafen 1.5.2 en 2.2.4 heb ik betoogd dat onder netto-opbrengst dient te worden verstaan: de bruto-opbrengst minus de boedelschulden, te weten de bijzondere en de algemene faillissementskosten. De regel is dat schuldeisers slechts verhaal hebben op de netto-opbrengst (art. 3:277 lid 1 BW). Omdat deze regel evenzeer geldt voor de fiscus, zou ik willen aannemen dat de omslag van de fiscale vordering over de netto-opbrengst van de stil verpande zaken zou moeten plaatsvinden. Dat wil dus zeggen de opbrengst minus de algemene faillissementskosten (de bijzondere faillissementskosten even buiten beschouwing gelaten). De omvang van deze netto-opbrengst en de omvang van de netto-opbrengst van het vrije boedelactief, zouden dus bepalen welk deel van de fiscale vordering ten laste komt van het ene en welk deel ten laste van het andere actief. Het probleem is echter, dat de omvang van netto-opbrengst van de stil verpande bodemzaken nu juist afhankelijk is van hetgeen de curator ex art. 57 lid 3 Fw vordert van de pandhouder. Slechts over dat gedeelte dienen immers algemene faillissementskosten te worden omgeslagen. Het gedeelte van de opbrengst dat resteert voor de pandhouder blijft daarvan gevrijwaard¹⁷. Men draait hier in een vicieuze cirkel: om te weten welk deel van de fiscale vordering moet worden omgeslagen over de opbrengst van de stil verpande zaken, moet men weten hoeveel op die opbrengst in mindering moet worden gebracht ter zake van de omslag van de algemene faillissementskosten. Om dat te kunnen vaststellen moet men weer weten welk deel van de fiscale vordering over deze opbrengst wordt omgeslagen. Voor dit probleem is mij geen rekenkundige

17 Zie paragraaf 4.4.

oplossing bekend. Daarom is oplossing 2 in voorbeeld 11 aldus uitgewerkt, dat het omslagpercentage is bepaald aan de hand van de bruto-opbrengsten. Een dergelijke omslag is dogmatisch echter onjuist.

Om dezelfde reden als waarom ik oplossing 2 onjuist acht, meen ik dat oplossing 3 nog verwerpelijker is. Deze oplossing werd tijdens mijn onderzoek - gezien hun belang niet onbegrijpelijk - verdedigd vanuit de hoek der bedrijfsverenigingen. De redenering die men volgt is dat de fiscus zich eerst zoveel mogelijk moet voldoen uit de opbrengst van de bodemzaken, omdat er een verband is tussen die bodemzaken en het voorrecht van de fiscus. Deze redenering gaat voorbij aan de voormelde ratio van het bodem(voor)recht. Dit recht is niet in het leven geroepen omdat de fiscus op deze zaken bij uitstek een aanspraak heeft. Het bodem(voor)recht dient slechts ter bescherming van de verhaalsmogelijkheden van de fiscus. Wanneer de fiscus ook volledig uit andere baten kan worden voldaan, is een inbreuk op de bijzondere positie van de pandhouder niet gerechtvaardigd.

De doorbreking van het stille pandrecht door het bodemvoorrecht van de fiscus mag mijns inziens dus niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is. Met dat uitgangspunt wordt recht gedaan aan de ratio van het bodemvoorrecht en aan de belangen van de stille pandhouder als separatist. Een ander oordeel zou tot de onbevredigende uitkomst kunnen leiden dat concurrente crediteuren een uitkering ontvangen, terwijl een pandhouder, die nota bene separatist is, niet geheel is voldaan (zo blijkt uit oplossing 3 in voorbeeld 11). Ik zou mij zelfs kunnen voorstellen dat wanneer de Ontvanger zich ten koste van de stille pandhouder op stil verpande bodemzaken verhaalt, terwijl ook het vrije boedelactief toereikend is om zijn vordering geheel te voldoen, hij jegens de pandhouder in strijd handelt met de beginselen van redelijkheid en billijkheid die de onderlinge verhouding tussen crediteuren beheersen¹⁸.

Het door mij verdedigde standpunt wordt ook erkend in de Leidraad Inv., art. 21, paragraaf 1, onder 7a:

18 Vgl. HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 m.nt. L.E.H.R. (Erba) en HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 m.nt. G (Loeffen q.q./Mees en Hope I).

"Indien de ontvanger tot executie overgaat, zal hij zich in beginsel eerst verhalen op de zaken van de belastingsschuldige. Daaronder dienen niet te worden begrepen de zaken als bedoeld in artikel 21, tweede lid van de wet".

De Leidraad Inv. vermeldt voorts in art. 22, paragraaf 1, onder 2:

"De ontvanger zal zich in beginsel eerst verhalen op de zaken van de belastingsschuldige alvorens hij overgaat tot uitwinning van de bodemzaken of zaken als bedoeld in artikel 51 WD voor zover deze aan derden toebehoren. (...) De zaken als bedoeld in artikel 21, tweede lid, van de wet worden op dezelfde wijze als bodemzaken behandeld."

De Leidraad Inv. schrijft dus een uitwinningsvolgorde voor zoals in voorbeeld 11 is uitgewerkt in oplossing 1¹⁹. Tenslotte kan worden gewezen op de tekst van art. 3:287 (o)BW volgens wetsvoorstel 22 942²⁰. In het eerste lid van dit artikel wordt omschreven welke goederen voor het bijzonder verhaalsrecht vatbaar zijn. Het vierde lid luidt vervolgens:

"Uitwinning van de in lid 1 bedoelde zaken is niet mogelijk voor zover de daarin bedoelde andere schuldeiser (derde-rechthebbende, GAJB) goederen van de schuldenaar aanwijst die voor de vordering voldoende verhaal bieden."

In de Memorie van Toelichting op deze bepaling²¹ wordt opgemerkt, dat de eis van subsidiariteit reeds voortvloeit uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Wel meent de Regering dat de nadruk moet worden gelegd op het woord 'voldoende'. Zo wordt gesteld dat degene die verhaal neemt geen genoeg hoeft te nemen met een alternatief dat ten koste zou gaan van zijn verhaal wegens andere vorderingen.

Concluderend kan worden gesteld dat de Ontvanger zich pas met een beroep op zijn bodemvoorrecht op stil verpande bodemzaken mag verhalen, indien en voor zover het vrije actief ontoereikend is om zijn vordering te

19 Volgens HR 8 november 1991, NJ 1992, 31 moeten de in de Leidraad Inv. vastgelegde beleidsregels worden aangemerkt als recht in de zin van art. 99 lid 1 onder 2 RO. De pandhouder kan derhalve in rechte een beroep doen op de genoemde bepalingen uit de Leidraad Inv.

20 Zie paragraaf 6.1.1

21 Handelingen van de Tweede Kamer, 1992-1993, 22 942, nr. 3, blz. 14.

voldoen²². Daarbij moet worden opgemerkt, dat het bodemvoorrecht van de fiscus niet voor alle belastingvorderingen kan worden ingeroepen. Zo geldt het bodemvoorrecht bijvoorbeeld niet voor vorderingen ter zake van vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting. Is het vrije boedelactief niet toereikend om alle fiscale vorderingen te voldoen en moet de Ontvanger zich dus gedeeltelijk beroepen op zijn bodemvoorrecht, dan moet de uitkering die de Ontvanger uit het vrije boedelactief ontvangt, geacht worden zo veel mogelijk betrekking te hebben op zijn vorderingen waarvoor het bodemvoorrecht niet geldt.

6.1.4 Het bodemvoorrecht en fiscale boedelvorderingen

Belastingsschulden kunnen ontstaan na de datum der faillietverklaring. Daarbij dient men onderscheid te maken tussen (a) belastingsschulden die materieel betrekking hebben op de periode vóór de datum der faillietverklaring, maar waarvoor pas na die datum een aanslag is opgelegd of aangifte is gedaan, en (b) belastingsschulden die ook in materiële zin na faillissement zijn ontstaan. Slechts de onder b genoemde belastingsschulden zijn boedelschulden, wanneer zij aan de boedel kunnen worden toegerekend²³. Men denke bijvoorbeeld aan belastingsschulden die zijn ontstaan tijdens een bedrijfsvoortzetting in faillissement.

Kan de Ontvanger voor dergelijke fiscale boedelvorderingen eveneens zijn bodemvoorrecht boven de stille pandhouder inroepen? En zo ja, op welke wijze kan hij het bodemvoorrecht ter zake van boedelvorderingen effectueren? Bij de beantwoording van deze vragen is het van belang om na te gaan op welke wijze de fiscus buiten faillissement zijn bodemvoorrecht boven stil pandrecht kan realiseren. De Ontvanger moet daarvoor bodembeslag leggen op de betreffende zaken. Daarbij geldt als voorwaarde dat de verpande zaken zich op de bodem van de belastingsschuldige bevinden. Dit noopt de Ontvanger tot de nodige voortvarendheid. Heeft de pandhouder inmiddels overeenkomstig art. 3:237 lid 3 BW de zaken opgeëist, dan is het leggen van bodembeslag niet meer mogelijk.

22 Zo ook Rb. Arnhem 7 november 1996, JOR 1997/10 m.nt. S.C.J.J. Kortmann; N.E.D. Faber, Bodem(voor)recht versus stil pandrecht, NbbW 1997, blz. 15-16 en S.C.J.J. Kortmann, Derden in het faillissementsrecht, in: De derde in het recht (bijzonder AA-nummer mei 1997), blz. 58.

23 Zie de in paragraaf 1.7 geformuleerde criteria.

Na de faillietverklaring van de belastingschuldige vallen de stil verpande zaken onder het algemene faillissementsbeslag. Individuele beslaglegging op deze zaken door een faillissementsschuldeiser is na de faillietverklaring dan ook niet meer mogelijk. Tevoren gelegde beslagen komen ingevolge art. 33 Fw te vervallen. Art 21 lid 2 Iw, laatste zin, bepaalt echter dat de fiscus na de faillietverklaring zijn bodemvoorrecht boven de pandhouder behoudt, ongeacht of tevoren inbeslagneming heeft plaatsgevonden. Dit laatste geldt echter alleen voor de faillissementsvorderingen van de Ontvanger. In hoofdstuk 1 is de bijzondere positie van de boedelschuldeisers besproken. Zij hebben in beginsel niets van doen met het faillissementsbeslag en kunnen zich direct, zonder hun vorderingen ter verificatie te moeten aanmelden, op de boedel verhalen. Daartoe kunnen zij tevens beslag leggen op bestanddelen van de boedel²⁴. Derhalve kan de Ontvanger voor fiscale boedelschulden beslag leggen op stil verpande bodemzaken. En waar de Ontvanger bodembeslag kan leggen zal hij dat, om zijn bodemvoorrecht te effectueren, ook moeten doen. Dit betekent dat de positie van de Ontvanger als boedelschuldeiser ten opzichte van de stille pandhouder vergelijkbaar is met zijn positie buiten faillissement.

Ten overvloede zij opgemerkt dat dit ook betekent, dat de curator er bij het inroepen van het bodemvoorrecht voor fiscale boedelvorderingen niet aan te pas komt. In het bijzonder is art. 57 lid 3 Fw niet van toepassing. Deze bepaling ziet - als alle bepalingen van de Faillissementswet²⁵ - slechts op faillissementsschuldeisers en niet op de boedelschuldeisers²⁶.

Heeft de Ontvanger bodembeslag gelegd voordat de pandhouder de zaken onder zich heeft genomen, dan kan de Ontvanger zich beroepen op zijn bodemvoorrecht dat ex art. 21 lid 2 Iw in rang gaat boven het pandrecht. Dit laatste wordt door sommige schrijvers echter betwist. Zo stelt Faber²⁷ zich op het standpunt dat art. 21 lid 2 Iw niet van toepassing is op de verhouding tussen een fiscale boedelvordering enerzijds en een door een stil

24 Vgl. HR 28 november 1930, NJ 1931, blz. 253 m.nt. E.M.M. (Hermans q.q./Teixera de Mattos).

25 Zie paragraaf 1.5.3.

26 Zo ook A. van Hees, Bodemzaken en fiscale (boedel)schulden, TvI 1995/3, blz. 51; N.E.D. Faber, a.w. (NbBW 1997), blz. 16-17 en Rb. Arnhem 7 november 1996, JOR 1997/10. Anders: R-C Rb. Roermond 22 november 1994, zaaknr. 5912/HARK 94-85.

27 N.E.D. Faber, a.w. (NbBW 1997), blz. 17.

pandrecht op bodemzaken gedekte faillissementsvordering anderzijds. Hij voert daarvoor aan dat het genoemde artikel, net als ieder artikel waarin een rangorde tussen vorderingen wordt bepaald, slechts betrekking heeft op de verhouding tussen faillissementsschulden onderling en boedelschulden onderling. Faber ziet mijns inziens over het hoofd, dat de 'botsing' tussen een stil pandrecht en het fiscale bodemvoorrecht ter zake van een boedelvordering, niet plaatsvindt binnen de faillissementsconcurfus waarin het onderscheid tussen boedelschulden en faillissementsschulden een rol speelt. Weliswaar vallen de stil verpande bodemzaken in het vermogen van de gefailleerde en daardoor krachtens art. 20 Fw onder het faillissementsbeslag, maar zowel de pandhouder als de fiscus behoeven zich van dit faillissementsbeslag in beginsel niets aan te trekken: de eerstgenoemde omdat hij separatist is, de laatstgenoemde omdat hij boedelschuldeiser is. De relatie tussen de pandhouder en de fiscus als boedelschuldeiser is dus niet anders dan buiten faillissement.

Mijnssen²⁸ vraagt zich af of het bodemvoorrecht van de fiscus wel kan ontstaan, wanneer na faillissement bodembeslag wordt gelegd. Door de faillietverklaring worden de rechten van schuldeisers gefixeerd. Daaruit zou volgens Mijnssen kunnen worden afgeleid dat het voorrecht van de fiscus na faillietverklaring niet meer kan ontstaan. Ook deze redenering gaat mijns inziens niet op. Het fixatiebeginsel houdt in dat door het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen in beginsel onveranderlijk wordt. In het arrest van 18 december 1987, NJ 1988, 340 m.nt. G (OAR/ABN) overwoog de Hoge Raad op grond van dit fixatiebeginsel dat een schuldeiser, door tijdens het faillissement verrichtte rechtshandelingen, niet zijn positie kan versterken ten nadele van een of meer andere schuldeisers. Onder 'de bij de boedel betrokkenen' en 'schuldeisers' in bovenbedoelde zin, kunnen naar mijn mening slechts faillissementsschuldeisers worden verstaan. Alleen de faillissementsschuldeisers nemen vóór het faillissement reeds een positie in die zij tijdens faillissement niet ten koste van andere schuldeisers kunnen versterken. Het wezenlijke van boedelschulden is nu juist, dat zij door of na het faillissement ontstaan. Men kan dan ook moeilijk beweren dat boedelschuldeisers hun positie in faillissement niet kunnen versterken; hun positie wordt juist gecreëerd tijdens het faillissement. Het fixatiebeginsel regelt met andere woorden slechts de

verhouding tussen de faillissementsschuldeisers onderling. Het ziet niet op boedelschuldeisers²⁹.

Het fixatiebeginsel staat er dus niet aan in de weg, dat de Ontvanger tijdens faillissement ter zake van fiscale boedelvorderingen beslag kan leggen op stil verpande zaken. Voorwaarde voor het ontstaan van het bodemvoorrecht is echter wel, dat de zaken zich op dat moment nog op de bodem van de gefailleerde bevinden. Op deze voorwaarde zal het beroep van de fiscus op zijn bodemvoorrecht veelal spaak lopen. In veel gevallen zal de pandhouder zijn stille pandrecht immers al hebben omgezet in een vuistpand, (lang) voordat de boedelvordering van de Ontvanger is ontstaan.

Door de fiscus is tijdens mijn onderzoek het standpunt ingenomen, dat voor het invoeren van zijn bodemvoorrecht voor fiscale boedelvorderingen niet is vereist, dat de stil verpande bodemzaken zich nog op de bodem van de gefailleerde bevinden. Uit de laatste volzin van art. 21 lid 2 Iw zou volgen dat het moment van faillietverklaring doorslaggevend is. Wanneer op dat moment aan het bodemcriterium was voldaan zou het bodemvoorrecht voor fiscale boedelvorderingen kunnen worden uitgeoefend, ook indien de pandhouder de verpande zaken inmiddels onder zich heeft genomen. Dit standpunt acht ik onjuist. Eerder is al betoogd dat de laatste volzin van art. 21 lid 2 Iw slechts ziet op fiscale faillissementsvorderingen. De ratio die destijds aan art. 21 lid 2 Iw ten grondslag heeft gelegen, is conversie van het bodemrecht dat de Ontvanger onder het oude recht nog kon uitoefenen op zaken die tot zekerheid aan derden in eigendom waren overgedragen, in een bodemvoorrecht op stil verpande bodemzaken. Omdat stil verpande bodemzaken in de boedel vallen, waardoor de Ontvanger daarop geen beslag meer kan leggen, is de verhouding tussen de pandhouder en de Ontvanger vanaf de dag der faillietverklaring gefixeerd. Zoals vermeld kan de fiscus voor boedelvorderingen nog wel beslag leggen, zodat zijn gefixeerde positie ten opzichte van de stille pandhouder wat dat betreft niet opgaat. Ten overvloede zij vermeld dat onder het oude recht de fiscus zijn bodemrecht op tot zekerheid overgedragen zaken ook slechts kon laten gelden, wanneer deze zaken zich ten tijde van de beslaglegging nog op de bodem van de gefailleerde bevonden.

29 Zo ook A. van Hees, a.w. (Tvl 1995/3), blz. 52.

Geconcludeerd kan worden dat het bodemvoorrecht ook kan worden ingeroepen voor fiscale boedelvorderingen, doch alleen zolang de stil verpande zaken zich nog op de bodem van de gefailleerde bevinden en de Ontvanger daarop beslag heeft gelegd. De pandhouder kan hieraan ontkomen door tijdig het stille pandrecht ex art. 3:237 lid 3 BW om te zetten in een vuistpandrecht.

6.2 Omzetbelastingperikelen bij de verdeling van boedelactief

6.2.1 Inleiding

De Wet op de omzetbelasting 1968 (hierna: Wet OB) hanteert bij de heffing van omzetbelasting het factuurstelsel³⁰. Volgens dit stelsel wordt een ondernemer in de zin van de Wet OB omzetbelasting verschuldigd, op het moment waarop hij voor belaste leveringen of diensten een factuur aan een schuldenaar uitreikt, dan wel op het tijdstip waarop hij volgens art. 35 Wet OB een factuur had moeten uitreiken (art. 13 Wet OB). De verschuldigde omzetbelasting moet telkens per tijdvak, veelal een maand of een kwartaal, op aangifte worden voldaan (art. 14 Wet OB). Op die verschuldigde omzetbelasting kan de ondernemer in aftrek brengen de omzetbelasting over de bedragen waarvoor hem door crediteuren in dezelfde periode facturen zijn uitgereikt (art. 15 Wet OB). Zolang uitgebrachte facturen volledig worden betaald verloopt dit factuurstelsel 'neutraal'. Dat wil zeggen dat de omzetbelasting die de debiteur bij de fiscus in aftrek brengt, door de crediteur aan de fiscus wordt afgedragen. Correcties zijn echter noodzakelijk, wanneer:

1. Een debiteur van de ondernemer zijn schuld niet of niet volledig voldoet, terwijl de ondernemer de omzetbelasting daarvoor wel reeds aan de fiscus heeft afgedragen. In dat geval heeft de ondernemer op grond van art. 29 lid 1 Wet OB jegens de fiscus een recht op terugaaf van de ten onrechte afgedragen omzetbelasting.
2. De ondernemer zelf een schuld niet of niet volledig voldoet, terwijl hij de omzetbelasting ter zake van die schuld wel reeds in aftrek

30 Zie hierover onder andere de Faillissementsgids, paragraaf 11.3.2.1.

heeft gebracht. In dat geval wordt de ondernemer de ten onrechte in aftrek gebrachte omzetbelasting alsnog verschuldigd op grond van art. 29 lid 2 Wet OB.

In het faillissement van een ondernemer³¹ noopt dit systeem soms tot ingewikkelde berekeningen. Alvorens daar in de paragrafen 6.2.3 en 6.2.4 nader op in te gaan, wordt in paragraaf 6.2.2 kort stilgestaan bij de vraag, of de vordering van de fiscus ex art. 29 lid 2 Wet OB ter zake van vóór het faillissement ten onrechte in aftrek gebrachte omzetbelasting, een boedelvordering dan wel een faillissementsvordering is.

6.2.2 Is een art. 29 lid 2 Wet OB-schuld aan te merken als een boedelschuld?

De gefailleerde ondernemer zal veelal, voordat hij failliet werd verklaard, reeds omzetbelasting in aftrek hebben gebracht ter zake van schulden die hij niet zal betalen. Op grond van art. 29 lid 2 Wet OB wordt deze omzetbelasting alsnog aan de fiscus verschuldigd. Het tijdstip waarop deze vordering van de fiscus ontstaat is niet altijd even gemakkelijk te bepalen. Art. 29 lid 2 Wet OB spreekt van het tijdstip waarop redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de vergoeding waarop de omzetbelasting betrekking heeft, niet of niet geheel zal worden betaald. Dit tijdstip zal veelal reeds voor het faillissement zijn aangebroken, zodat de (materiële) verplichting bij het uitspreken van het faillissement reeds bestaat. Reeds hieruit volgt dat er geen sprake is van een boedelschuld. Een basisvoorwaarde voor het aanmerken van een schuld als boedelschuld is immers dat deze door of na de faillietverklaring is ontstaan.

De zaak ligt enigszins gecompliceerder wanneer aan het faillissement een surséance van betaling vooraf is gegaan. Vaak zal pas na het verlenen van de surséance een tijdstip aanbreken waarop kan worden aangenomen dat de vordering, waarop de in aftrek gebrachte omzetbelasting betrekking had, niet betaald zal worden. De materiële belastingschuld ex art. 29 lid 2 Wet OB ontstaat dan pas na het verlenen van de surséance. Is het daarom een boedelschuld in deze surséance en op grond van art. 249 lid 1 onder 3 Fw ook in het faillissement dat daarop volgt? Ik zou deze vraag ontken-

31 Ik beperk mij tot de situatie waarin de gefailleerde een (niet vrijgestelde) ondernemer is in de zin van art. 7 Wet OB en waarvoor het factuurstelsel geldt.

nend willen beantwoorden, omdat de materiële verschuldigdheid van deze schuld in overwegende mate is gelegen in omstandigheden die zich vóór het faillissement hebben voorgedaan³². De conclusie is derhalve dat de art. 29 lid 2 Wet OB-schuld, ter zake van vóór het faillissement ten onrechte in aftrek gebrachte omzetbelasting, een faillissementsschuld vormt³³.

6.2.3 Omzetbelastingperikelen bij uitkeringen aan concurrente faillissements-schuldeisers

De door crediteuren in een faillissement ingediende vorderingen luiden inclusief omzetbelasting. Indien en voor zover de vorderingen van deze crediteuren niet uit het faillissement kunnen worden voldaan, wordt de omzetbelasting die de gefailleerde ter zake van die vorderingen reeds in aftrek had gebracht, op grond van art. 29 lid 2 Wet OB verschuldigd aan de fiscus. Deze vordering van de fiscus is hoog-preferent op grond van art. 21 lid 1 Iw. Tevens kan de fiscus voor deze vordering het bodem(voor)recht invoeren: zie art. 21 lid 2 jo art. 22 lid 3 Iw.

Wanneer het actief van de failliete boedel toereikend is om een percentage uit te keren van de vorderingen, waarover de gefailleerde reeds omzetbelasting in aftrek had gebracht, rijst de vraag hoe hoog dit percentage is en hoe de omvang van de fiscale vordering ex art. 29 lid 2 Wet OB kan worden bepaald. Beide gegevens, enerzijds het uitkeringspercentage voor de betreffende crediteuren en anderzijds de omvang van de fiscale vordering ex art. 29 lid 2 Wet OB, zijn onderling afhankelijk van elkaar. Duidelijk manifesteert dit probleem zich wanneer gedeeltelijke uitkeringen worden gedaan aan concurrente crediteuren. De hoogte van de vordering van de fiscus wordt dan bepaald door het bedrag dat de concurrente crediteuren uiteindelijk niet ontvangen. Dat bedrag is echter weer afhankelijk van het bedrag dat na voldoening van alle preferente vorderingen, waaronder die van de fiscus ex art. 29 lid 2 Wet OB, voor de concurrenten nog beschikbaar is. Dat leidt tot een spiraalwerking, hetgeen het beste kan worden geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld:

32 Vgl. criterium III in paragraaf 1.7.

33 Zo ook F. Duynstee, Art. 29 lid 2 Wet op de Omzetbelasting i.v.m. faillissement, Adv.bl. 1981, blz. 228-229; G.J.A.M. Molkenboer, Enkele aspecten van de invloed van belastingen op faillissementen, Adv.bl. 1985, blz. 528; De Liagre Böhl, blz. 197 en A.J. Tekstra, Fiscale aspecten van insolventies, Den Haag 1996, blz. 4 en 120.

Voorbeeld 12

Een failliete ondernemer is aan zijn concurrente crediteuren verschuldigd een bedrag van f 1.000.000,— exclusief f 175.000,— omzetbelasting (bij een tarief van 17,5 %). Deze omzetbelasting heeft de gefailleerde reeds in aftrek gebracht³⁴. De fiscus heeft in beginsel dus een vordering ex art. 29 lid 2 Wet OB van f 175.000,—. Het boedelactief dat resteert nadat alle preferente vorderingen, behalve de fiscale vordering ex art. 29 lid 2 Wet OB, zijn betaald, bedraagt f 475.000,—.

Wanneer nu uit deze f 475.000,— eerst de fiscale vordering ex art. 29 lid 2 Wet OB wordt betaald, resteert f 475.000,— -/- f 175.000,— = f 300.000,— ter uitkering aan de concurrente crediteuren, oftewel 25,53% van hun vorderingen. Deze uitkering heeft voor een gedeelte betrekking op de in rekening gebrachte omzetbelasting, te weten voor f 300.000,— \times (17,5/117,5) = f 44.680,85. Nu dit bedrag aan verschuldigde omzetbelasting alsnog door de gefailleerde aan zijn concurrente crediteuren is betaald, moet de vordering van de fiscus met hetzelfde bedrag worden bijgesteld (verminderd). Daardoor komt f 44.680,85 opnieuw ter beschikking voor uitkering aan de concurrente crediteuren, waardoor het uitkeringspercentage oploopt naar 29,33 %. De additionele uitkering heeft ook weer voor een gedeelte betrekking op de in rekening gebrachte omzetbelasting, te weten voor f 44.680,85 \times (17,5/117,5) = f 6.654,60. Dit bedrag moet weer in mindering worden gebracht op de vordering van de fiscus, waardoor eenzelfde bedrag weer ter beschikking komt voor uitkering aan de concurrente crediteuren, et cetera.

Aldus draait de afwikkeling van het faillissement in een spiraal, waaraan overigens wel een rekenkundige grens is. Uiteindelijk komt men uit op een uitkeringspercentage, waarbij het actief dat onder de concurrenten wordt verdeeld, precies gelijk is aan het beschikbare actief, minus het bedrag dat bij deze uitkering aan de concurrenten is verschuldigd aan de fiscus. Dit percentage kan eenvoudiger worden berekend met behulp van een formule³⁵ die reeds in eerdere werken werd gepubliceerd³⁶:

34 Anders dan in dit voorbeeld gemakshalve gesteld, zal de gefailleerde doorgaans nog niet de omzetbelasting over alle concurrente vorderingen in aftrek hebben gebracht. Hij zal dit nog niet hebben gedaan ten aanzien van vorderingen waarvoor vóór faillissement nog geen facturen waren uitgereikt of wanneer voor de periode waarin die facturen waren uitgereikt nog geen aangifte was gedaan. Vgl. Faillissementsgids, blz. 118. De vordering van de fiscus ex art. 29 lid 2 Wet OB kan doorgaans dus niet simpelweg worden vastgesteld op de totaal verschuldigde omzetbelasting over *alle* geverifieerde vorderingen.

35 De formule is overigens slechts van toepassing, wanneer de gefailleerde ondernemer volledig aftrekgerechtigd is. Hij is dat bijvoorbeeld niet wanneer hij vrijgestelde leveringen of diensten heeft verricht.

36 Faillissementsgids, blz. 120 en De Liagre Böhl, blz. 251-252.

het percentage dat aan concurrente crediteuren kan worden uitgekeerd van hun vorderingen inclusief omzetbelasting =

(boedelactief vóór voldoening van de vordering ex art. 29 lid 2 OB en de concurrente vorderingen -/- verschuldigde omzetbelasting over de concurrente vorderingen) / totaal der concurrente vorderingen exclusief omzetbelasting x 100%

Deze formule toegepast op de getallen in voorbeeld 12:

Uitkeringspercentage concurrente crediteuren =
 $(f\ 475.000,- - / - f\ 175.000,-) / f\ 1.000.000,- \times 100\% = 30\%$

De concurrenten ontvangen van hun vorderingen inclusief omzetbelasting:

$30\% \times f\ 1.175.000,- = f\ 352.500,-$.

Het omzetbelastingbestanddeel daarin bedraagt $f\ 352.500,- \times (17,5/117,5) = f\ 52.500,-$.

Dat is logischerwijs 30% van de totaal verschuldigde omzetbelasting.

Nu kan ook de omvang van de fiscale vordering ex art. 29 lid 2 Wet OB worden bepaald. Per saldo moet aan de fiscus worden afgedragen:

$f\ 175.000,- - / - (30\% \times f\ 175.000,-) = f\ 122.500,-$.

De fiscus heeft het gehele bedrag van $f\ 175.000,-$ aan verschuldigde omzetbelasting nu via twee wegen voldaan gekregen:

1. via de concurrente crediteuren een bedrag van $f\ 52.500,-$ (30%); de concurrente crediteuren zullen voor dit bedrag geen verzoek ex art. 29 lid 1 Wet OB tot teruggave indienen bij de fiscus;
2. via zijn vordering in het faillissement ex art. 29 lid 2 Wet OB een bedrag van $f\ 122.500,-$ (70%).

Hoe moet de curator een en ander nu in zijn verslaggeving verwerken? Het percentage dat kan worden uitgekeerd aan de concurrente crediteuren, kan pas worden vastgesteld na afloop van de verificatievergadering. Tot die tijd kan de curator de vordering van de fiscus ex art. 29 lid 2 Wet OB ad informandum op de lijst der erkende (preferente) crediteuren opnemen voor het gehele bedrag aan verschuldigde omzetbelasting. Daarbij moet worden aangetekend, dat deze vordering zal worden verminderd met het percentage dat uiteindelijk aan de concurrente crediteuren zal worden uitgekeerd. De concurrente crediteuren moeten worden geverifieerd voor hun vorderingen inclusief omzetbelasting. De dubbeltekening die dan ontstaat, te weten dat dezelfde omzetbelasting twee keer wordt geverifieerd, wordt gecorrigeerd bij de uitdeling. Aan de fiscus kan dan van de oorspronkelijke vordering ex art. 29 lid 2 Wet OB worden uitgekeerd: 100% minus het percentage dat aan de concurrenten wordt uitgekeerd. Nadat aldus de hoogte van de

schuld ex art. 29 lid 2 Wet OB is vastgesteld, kan worden overgegaan tot goedkeuring van de slotuitdelingslijst door de Rechter-Commissaris en deponering daarvan ter griffie. Overigens zullen weer correcties moeten plaatsvinden wanneer de slotuitdelingslijst na verzet gewijzigd wordt.

6.2.4 *Omzetbelastingperikelen bij een negatieve boedel: vaststelling van het salaris van de curator*

In de vorige paragraaf zijn de berekeningsproblemen besproken waartoe het factuurstelsel kan leiden bij gedeeltelijke uitkeringen aan concurrente faillissementscrediteuren. Dergelijke problemen kunnen zich slechts voordoen wanneer de boedel positief is. Het factuurstelsel kan echter ook tot berekeningsproblemen aanleiding geven, wanneer de boedel negatief is en de boedelschulden waarover omzetbelasting is verschuldigd slechts gedeeltelijk kunnen worden voldaan. De bekendste boedelvordering waarover omzetbelasting is verschuldigd, is de vordering van de curator wegens salaris en verschotten.

Voor het geval waarin de boedel negatief is en de werkelijke vordering van de curator niet volledig kan worden voldaan, schrijven de 'Richtlijnen in faillissementen en surséances van betaling'³⁷ in paragraaf 9.1 onder d voor, dat deze vordering wordt vastgesteld op het beschikbare actief³⁸ exclusief omzetbelasting. Dat betekent dat, wanneer de werkelijke vordering van de curator niet kan worden voldaan en het beschikbare boedelactief f 10.000,-- bedraagt, het salaris van de curator wordt vastgesteld op f 10.000,-- exclusief f 1.750,-- omzetbelasting. De boedel zal de factuur van de curator van f 11.750,-- volledig kunnen voldoen, indien het door de boedel in aftrek te brengen omzetbelasting-bestanddeel van f 1.750,-- leidt tot een volledige teruggave door de fiscus. Uiteraard zal de curator op zijn beurt dit bedrag aan omzetbelasting ex art. 13 Wet OB aan de fiscus verschuldigd worden, zodat hij uiteindelijk een netto-vergoeding ontvangt van f 10.000,--.

37 Zie hoofdstuk 4, noot 19. In het navolgende te noemen: Richtlijnen.

38 Waar ik in het vervolg spreek van het 'beschikbare boedelactief', doel ik op het actief dat beschikbaar is vóórdat door de boedel omzetbelasting is afgedragen of teruggevorderd. In het (concept-) financieel eindverslag is dat het beschikbare actief dat is vermeld onder C.

In hoofdstuk 7 onder b van de Richtlijnen wordt opgemerkt dat, bij het vaststellen van het beschikbare actief, rekening moet worden gehouden met omzetbelasting die de boedel ex art. 15 Wet OB in aftrek kan brengen. Dit betreft gefactureerde omzetbelasting over andere gemaakte boedelschulden die reeds zijn betaald of vóór het salaris van de curator moeten worden betaald. Men denke bijvoorbeeld aan facturen uitgereikt door leveranciers, boekhouders en taxateurs voor ten behoeve van de boedel verrichte leveringen en diensten³⁹.

In de Richtlijnen blijft echter onderbelicht, dat de door de boedel in aftrek te brengen omzetbelasting - zowel over het salaris van de curator als over andere betaalde (of vóór de vordering van de curator te betalen) boedelschulden - niet altijd tot een recht op teruggaaf zal leiden. Dat is namelijk niet het geval, indien en voor zover de fiscus de door de boedel in aftrek te brengen omzetbelasting kan verrekenen met openstaande fiscale *boedelvorderingen*⁴⁰. Bij de bespreking van de rekenproblemen waartoe dit kan leiden, zal ik mij beperken tot de situatie, waarin de fiscus zich kan beroepen op verrekening met fiscale boedelvorderingen wegens omzetbelasting⁴¹. Dit is de omzetbelasting die is verschuldigd ter zake van door de

39 In hoofdstuk 5 heb ik betoogd dat aan de boedelvorderingen van deze schuldeisers onder omstandigheden feitelijke voorrang toekomt, in welk geval ze vóór de vordering van de curator moeten worden voldaan. Het beschikbare actief op basis waarvan het salaris van de curator wordt vastgesteld, dient in dat geval te worden vastgesteld nadat deze feitelijk bevoorrechte boedelschuldeisers zijn voldaan.

40 Een fiscale *faillissementsvordering* is niet verrekenbaar met een vordering van de boedel op de fiscus wegens in aftrek gebrachte omzetbelasting over betaalde boedelschulden. Verrekening op grond van art. 6:127 BW is niet mogelijk, omdat beide vorderingen in van elkaar afgescheiden vermogens vallen: de vordering van de boedel op de fiscus vormt een activum in het afgescheiden vermogen (de boedel), terwijl de *faillissementsvordering* van de fiscus een passivum vormt in het niet-afgescheiden vermogen van de gefailleerde (zie paragraaf 1.5.3). Het derde lid van art. 6:127 BW staat in dat geval aan verrekening in de weg. Deze hindernis zou worden weggenomen door het aan de artt. 6:127 e.v. BW derogerende art. 53 Fw, ware het niet, dat evenmin is voldaan aan de vereisten van art. 53 lid 1 Fw. De te verrekenen vorderingen zijn niet beide vóór faillissement ontstaan: het recht op teruggaaf van de boedel van in aftrek gebrachte omzetbelasting over boedelschulden, ontstaat immers pas na faillissement. Deze vordering van de boedel op de fiscus vloeit ook niet voort uit een vóór het faillissement met de gefailleerde verrichte handeling.

41 Volledigheidshalve zij opgemerkt, dat de fiscus de door de boedel in aftrek te brengen omzetbelasting ook kan verrekenen met andere soorten fiscale boedelvorderingen. Men denke bijvoorbeeld aan (tijdens een bedrijfsvoortzetting) verschuldigd geworden loonbelasting (voor zover niet overgenomen door de be-

boedel verrichte (niet van omzetbelasting vrijgestelde⁴²) diensten en leveranties. In dat geval moet men drie situaties onderscheiden.

De eerste situatie is die, waarin de door de boedel in aftrek te brengen omzetbelasting over andere reeds betaalde of nog te betalen boedelschulden dan de vordering van de curator, meer bedraagt dan het bedrag dat de boedel aan omzetbelasting is verschuldigd. Het surplus (recht op teruggaaf van omzetbelasting) kan in dat geval bij het beschikbare actief worden opgeteld. Op het bedrag dat aldus wordt verkregen, kan het salaris van de curator - zoals in de Richtlijnen wordt voorgeschreven - exclusief omzetbelasting worden vastgesteld.

Ingewikkelder is de situatie waarin de boedel - zonder rekening te houden met de omzetbelasting over de vordering van de curator - per saldo omzetbelasting moet afdragen, maar duidelijk is, dat de in aftrek te brengen omzetbelasting over de vordering van de curator de verschuldigde omzetbelasting zal overschrijden. Wanneer het salaris van de curator in deze situatie zou worden vastgesteld op het beschikbare actief *exclusief* omzetbelasting, zou de boedel de factuur van de curator niet geheel kunnen voldoen. De door de boedel in aftrek te brengen omzetbelasting over het salaris van de curator zal immers niet tot een volledig recht op teruggaaf leiden, omdat de fiscus dit bedrag gedeeltelijk kan verrekenen met de door de boedel verschuldigde omzetbelasting. Zou het salaris van de curator daarentegen worden vastgesteld op het beschikbare actief *inclusief* omzetbelasting, dan zou de boedel, vanwege de in aftrek te brengen omzetbelasting over het salaris van de curator, actief overhouden. De oplossing is mijns inziens, dat het salaris van de curator *exclusief* omzetbelasting wordt vastgesteld op het beschikbare actief, minus de omzetbelasting die de boedel zonder de factuur van de curator per saldo zou zijn verschuldigd. Dit laatste wordt toegelicht aan de hand van voorbeeld 13.

drijfsvereniging) en vennootschapsbelasting.

42 De boedel kan leveringen of diensten verrichten die niet aan de heffing van omzetbelasting zijn onderworpen, of waarbij de heffing van omzetbelasting wordt verlegd naar de afnemer. Daarbij kan met name worden gedacht aan levering van onroerende zaken.

Voorbeeld 13

Het werkelijke salaris van de curator bedraagt f 20.000,—. Het beschikbare actief bedraagt f 10.000,—. Dit bedrag is als volgt berekend:

Baten:		
geïnde debiteuren		f 5.285,71
opbrengst verkopen	f 11.750,— (incl. f 1.750,— OB)	
af: rechten derden	f <u>2.000,—</u> -/-	
		f <u>9.750,—</u> +
totaal:		f 15.035,71
Betaalde boedelschulden:		
taxateur, boekhouder		f <u>5.035,71</u> -/- (incl. f 750,— OB)
Beschikbaar actief		f 10.000,—

Het is nu zaak om - zonder rekening te houden met de omzetbelasting over het salaris van de curator - vast te stellen welk bedrag aan omzetbelasting per saldo is verschuldigd:

verschuldigde omzetbelasting	f 1.750,—
teruggaaf omzetbelasting	f <u>750,—</u> -/-
per saldo verschuldigd	f 1.000,—

Indien nu het salaris van de curator wordt vastgesteld op het beschikbare actief van f 10.000,— *exclusief* f 1.750,— omzetbelasting, zou de factuur van de curator niet geheel kunnen worden voldaan. Van de in aftrek te brengen omzetbelasting over deze factuur, kan de fiscus f 1.000,— verrekenen met de door de boedel verschuldigde omzetbelasting, zodat de boedel slechts f 750,— zou kunnen terugvragen.

Indien daarentegen het salaris van de curator wordt vastgesteld op het beschikbare actief van f 10.000,— *inclusief* f 1.489,36 ($17,5/117,5 \times f 10.000,—$) omzetbelasting, zou van deze in aftrek te brengen omzetbelasting nog f 489,36 van de fiscus kunnen worden teruggevorderd. Het salaris van de curator zou met hetzelfde bedrag kunnen worden bijgesteld. Een deel van het bijgestelde salaris zou echter ook weer betrekking hebben op omzetbelasting. Deze kan weer in aftrek worden gebracht et cetera. Aldus ontstaat een spiraalwerking, die vergelijkbaar is met de spiraalwerking die zich voordoet bij gedeeltelijke uitkeringen aan concurrente faillissementsschuldeisers (zie paragraaf 6.2.3).

Men komt slechts goed uit, wanneer het salaris van de curator *exclusief* omzetbelasting wordt vastgesteld op het beschikbaar actief, minus de omzetbelasting die de boedel zonder de factuur van de curator per saldo zou zijn verschuldigd. In het onderhavige voorbeeld leidt dit tot de volgende uitkomst:

beschikbaar actief	f 10.000,-
af: per saldo verschuldigde omzetbelasting	
vóór vaststelling salaris curator	f <u>1.000,-</u> -/-
vergoeding curator exclusief omzetbelasting	f 9.000,-
omzetbelasting over salaris curator	f 1.575,-
vergoeding curator inclusief omzetbelasting	f 10.575,-

Omzetbelastingaangifte van de boedel:

saldo vóór vaststelling salaris curator	(-/-) f 1.000,- verschuldigd
omzetbelasting over salaris curator	f <u>1.575,-</u> teruggaaf
totaal terug te vorderen:	f 575,-

Met het beschikbare actief (f 10.000,-) vermeerderd met de definitief terug te vorderen omzetbelasting (f 575,-) kan de factuur van de curator precies worden voldaan.

Tenslotte kan zich de situatie voordoen waarin de boedel - ook wanneer rekening is gehouden met de in aftrek te brengen omzetbelasting over het salaris van de curator - per saldo omzetbelasting moet afdragen. Het heeft in dat geval geen zin om - zoals de Richtlijnen voorschrijven - het salaris van de curator vast te stellen op het beschikbare actief exclusief omzetbelasting. Doet men dat wel, dan zal de factuur van de curator niet geheel kunnen worden voldaan. De door de boedel in aftrek gebrachte omzetbelasting over het salaris van de curator zal immers niet tot een recht op teruggaaf leiden, omdat de fiscus dit bedrag volledig kan verrekenen met de door de boedel verschuldigde omzetbelasting. De boedel kan aan de curator dus niet méér uitkeren dan het werkelijk beschikbare actief. De oplossing in deze situatie is dan ook, dat het salaris van de curator wordt vastgesteld op het beschikbare actief *inclusief* omzetbelasting. Een deel van de door de boedel verschuldigde omzetbelasting blijft in dat geval onvoldaan.

Het zou in deze laatste situatie onjuist zijn om, op de wijze als in voorbeeld 13 is uitgewerkt, het salaris van de curator *exclusief* omzetbelasting vast te stellen op het beschikbare actief, minus de omzetbelasting die de boedel zonder de factuur van de curator per saldo verschuldigd zou zijn. In dat geval zou de door de boedel verschuldigde omzetbelasting wel geheel worden voldaan. Daarmee zou echter een fiscale boedelvordering - anders dan door middel van verrekening, zoals in voorbeeld 13 het geval was - worden voldaan vóór het salaris van de curator. Dat zou in strijd zijn met de rangorde die bij een negatieve boedel tussen boedelschulden onderling

geldt: de vordering van de curator moet als zijnde kosten van vereffening worden voldaan vóór de preferente boedelvordering van de fiscus⁴³.

⁴³ Zie paragraaf 5.2.3.2 en het overzicht van de rangorde van boedelschulden in paragraaf 5.4.

SAMENVATTING EN CONCLUSIES

Bij de afwikkeling van een faillissementsboedel, dat wil zeggen de fase waarin het boedelactief moet worden verdeeld onder de daarvoor in aanmerking komende schuldeisers, spelen diverse problemen die in de wet onderbelicht blijven en waarover in de dogmatiek discussie bestaat. In dit onderzoek is een aantal van deze problemen bestudeerd en is getracht tot aanbevelingen te komen voor de wijze waarop ze kunnen worden opgelost.

In *hoofdstuk 1* zijn drie soorten schulden in faillissement onderscheiden: faillissementsschulden, niet-verifieerbare schulden en boedelschulden. Centraal stond de vraag, welke criteria moeten worden gehanteerd om te kunnen vaststellen tot welke categorie een bepaalde schuldvordering moet worden gerekend. Bij de beantwoording van deze vraag is het beginsel van gelijkheid van schuldeisers (*paritas creditorum*) als uitgangspunt genomen. Dit beginsel omvat mijns inziens twee aspecten. Ten eerste is er het verhaalsaspect, dat als volgt kan worden geformuleerd: schuldeisers zijn onderling gelijk gerechtigd om verhaal uit te oefenen op de goederen van hun schuldenaar. Daarnaast is er het verdelingsaspect: wanneer schuldeisers tegelijkertijd op dezelfde vermogensbestanddelen hun verhaalsrechten uitoefenen, worden zij bij de verdeling van de netto-opbrengst naar evenredigheid van ieders vordering voldaan, behoudens de wettelijke redenen van voorrang (art. 3:277 lid 1 BW). Het onderlinge verband tussen beide aspecten van het gelijkheidsbeginsel komt hierin tot uitdrukking, dat een uitzondering op het verhaalsaspect indirect afbreuk doet aan het verdelingsaspect.

In faillissement komt het verhaalsaspect van het gelijkheidsbeginsel tot uitdrukking in de regel dat schuldeisers slechts verhaal kunnen uitoefenen door hun vorderingen ter verificatie in te dienen. Deze regel ziet echter alleen op de faillissementsschuldeisers. De verhaalsposities van de boedelschuldeisers en van de schuldeisers van niet-verifieerbare schuldvorderingen vormen uitzonderingen op het verhaalsaspect van het gelijkheidsbeginsel. Boedelschuldeisers nemen een bevoorrechte verhaalspositie in: zij moeten onmiddellijk uit het boedelactief worden voldaan, waarna het restant kan worden aangewend ter voldoening van de faillissementsschulden.

Schuldeisers van niet-verifieerbare vorderingen worden juist achtergesteld in hun verhaalsmogelijkheden: zij kunnen zich in het geheel niet verhalen op het boedelactief. Het verhaalsaspect van het gelijkheidsbeginsel brengt mijns inziens met zich mee, dat zoveel mogelijk schulden als faillissements-schulden moeten worden aangemerkt. Voor het kwalificeren van schulden als boedelschulden of als niet-verifieerbare schulden, moeten duidelijke rechtvaardigingsgronden bestaan. Onderzocht is welke deze rechtvaardigingsgronden zijn.

De achtergestelde verhaalspositie van de schuldeisers van niet-verifieerbare schulden vloeit voort uit het fixatiebeginsel. Dit beginsel houdt onder meer in, dat door de faillietverklaring als het ware een grens wordt getrokken waarmee de groep van de op dat moment bestaande schuldvorderingen wordt gefixeerd (het zogenaamde formele aspect van het fixatiebeginsel). Deze gefixeerde schuldvorderingen vormen de categorie faillissementsschulden. Alleen ter voldoening van deze schuldvorderingen wordt het faillissement afgewikkeld. Dat betekent dat schuldvorderingen die na de faillietverklaring zijn ontstaan (en die geen boedelschulden zijn; zie hierna) niet ter verificatie kunnen worden ingediend. Op deze regel geldt een aantal wettelijke uitzonderingen voor schulden die weliswaar na de faillietverklaring zijn ontstaan, maar die rechtstreeks voortvloeien uit een daarvóór reeds bestaande rechtsverhouding; men vergelijk de artt. 37a Fw, 136 lid 2 Fw en 299 (o)Fw. Ik heb betoogd dat deze uitzonderingen niet als limitatief moeten worden beschouwd, maar dat ook andere na de faillietverklaring ontstane schuldvorderingen ter verificatie kunnen worden ingediend.

Ter onderbouwing van dit standpunt is het faillissementsbeslag vergeleken met een verhaalsbeslag dat buiten faillissement door een individuele schuldeiser is gelegd op een of meer goederen van de schuldenaar. In het laatste geval kunnen andere schuldeisers medebeslag leggen, waarmee zij bewerkstelligen dat zij bij de verdeling van de executie-opbrengst in aanmerking worden genomen. Het leggen van medebeslag heeft in dat opzicht een functie die vergelijkbaar is met het indienen van een vordering ter verificatie in faillissement. De mogelijkheid tot het leggen van medebeslag is echter niet voorbehouden aan schuldeisers wier vorderingen reeds bestonden ten tijde van het eerste beslag. Dit verschil in rechtsgevolg tussen een faillissementsbeslag en een individueel beslag kan slechts ten dele worden verklaard door het feit dat een gefailleerde schuldenaar, anders dan een

schuldenaar te wiens laste individueel beslag is gelegd, in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. De ten tijde van de faillietverklaring bestaande schuldeisers behoeven daardoor extra bescherming van hun verhaalsmogelijkheden. Dit wordt bereikt door op het moment der faillietverklaring niet alleen het *actieve* vermogen van de schuldenaar te fixeren - in die zin dat dit actieve vermogen als verhaalsobject voor de schuldeisers intact blijft - maar ook diens *passieve* vermogen te fixeren: de ten tijde van de faillietverklaring bestaande schuldeisers behoeven bij de verdeling van de opbrengst niet te concurreren met nieuwe schuldeisers. Het laatste is mijns inziens echter niet te rechtvaardigen ten aanzien van schuldvorderingen die weliswaar na de faillietverklaring zijn ontstaan, maar waarvan de materiële verschuldigdheid in overwegende mate is bepaald door rechtsfeiten die zich vóór de faillietverklaring hebben voorgedaan.

Vervolgens is onderzocht op welke wijze de bijzondere verhaalspositie van de boedelschuldeisers kan worden gerechtvaardigd. Het antwoord op die vraag ligt besloten in het bijzondere karakter van boedelschulden. Het zijn schulden die noodzakelijkerwijs zijn gemaakt in het kader van de afwikkeling van het faillissement. Aangezien deze afwikkeling plaatsvindt ten behoeve van de faillissementsschuldeisers, ligt het voor de hand dat laatstgenoemde schuldeisers pas een verhaalsaanpraak op de boedel hebben, nadat alle boedelschuldeisers volledig zijn betaald. Deze redenering kan op twee manieren van een dogmatische grondslag worden voorzien.

Ten eerste heb ik betoogd dat de boedelschulden kunnen worden beschouwd als kosten van executie in de zin van art. 3:277 lid 1 BW. Op grond van deze bepaling moeten zij vooraf uit de bruto-opbrengst van het boedelactief worden voldaan, waarna de netto-opbrengst resteert die naar onderlinge rangorde kan worden verdeeld onder de schuldeisers te wier behoeve de executie plaatsvond: de faillissementsschuldeisers. Dit standpunt is als volgt toegelicht.

Een faillissement is een bijzondere vorm van executie: het is een vereffening. Van een vereffening is mijns inziens sprake wanneer een vermogen als eenheid (als boedel) ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers door een rechtens daartoe aangewezen persoon (de vereffenaar) wordt beheerd, te gelde gemaakt en verdeeld. Een vereffening kan men stellen tegenover een gewone executie door een individuele schuldeiser. Een dergelijke exe-

cutie strekt slechts ten behoeve van deze ene schuldeiser en omvat niet een vermogen als eenheid, maar slechts één of meer bestanddelen daarvan.

Bij een vereffening worden kosten gemaakt die ik heb aangeduid als 'vereffeningskosten'. Dat zijn executiekosten in de zin van art. 3:277 lid 1 BW, maar omdat een vereffening een bijzondere vorm van executie is, vormen de vereffeningkosten ook een bijzonder soort executiekosten. Het zijn kosten die normaal gesproken geen executiekosten zijn, maar die bij een vereffening van een vermogen kunnen worden aangemerkt als kosten van executie van dat vermogen in zijn geheel. De vereffeningkosten heb ik onderscheiden van de 'eigenlijke executiekosten'. De eigenlijke executiekosten zijn de kosten die als executiekosten kunnen worden aangemerkt wanneer een *bepaald* goed wordt geëxecuteerd, ongeacht of dit gebeurt in het kader van een gewone executie door een individuele schuldeiser, of tijdens een vereffening door de vereffenaar.

Aldus zijn er in mijn opvatting bij een vereffening twee soorten executiekosten te onderscheiden: vereffeningkosten en eigenlijke executiekosten. Beide soorten executiekosten gaan schuil onder hetzelfde begrip 'kosten van executie' in art. 3:277 lid 1 BW. In faillissement vormen de vereffeningkosten en de eigenlijke executiekosten tezamen de boedelschulden. De boedelschulden zijn derhalve kortweg aan te duiden als 'kosten van executie en vereffening'.

Een tweede invalshoek om de bijzondere verhaalspositie van de boedel-schuldeisers te benaderen, is door de failliete boedel te beschouwen als een afgescheiden vermogen. Van een afgescheiden vermogen is sprake wanneer een of meer actieve vermogensbestanddelen van een (rechts)persoon voor een bepaald doel verenigd zijn, en wel op zodanige wijze dat deze vermogensbestanddelen een bijzonder verhaalsobject vormen voor de voldoening van bepaalde schuldvorderingen. Het doel waarmee de failliete boedel van het overige vermogen van de gefailleerde wordt afgescheiden, is vereffening. Aan de actiefzijde van het afgescheiden failliete vermogen vallen alle goederen van de gefailleerde die onder het faillissementsbeslag vallen. Deze goederen zijn door het faillissement bestemd om te worden beheerd, te gelde gemaakt en verdeeld (kortweg: vereffend). De schulden die bij de verwezenlijking van dat doel worden gemaakt (de boedelschulden) vormen de passiva van het afgescheiden vermogen. De resterende activa en passiva uit het vermogen van de gefailleerde vormen tezamen het

niet-afgescheiden vermogen. Aan de actiefzijde zijn dit de goederen die ingevolge art. 21 Fw buiten het faillissement blijven. De passiva van het niet-afgescheiden vermogen bestaan uit de faillissementsschulden en de niet-verifieerbare schulden. Uit de aanwezigheid van een afgescheiden vermogen mag overigens niet worden afgeleid dat de failliete boedel een rechtspersoon vormt.

Uit deze zienswijze volgt de conclusie dat de boedelschulden als eerste uit het boedelactief moeten worden voldaan, omdat zij zijn gemaakt ter verwezenlijking van hetzelfde doel als waarvoor het boedelactief is afgescheiden van het overige vermogen van de gefailleerde: de vereffening. Boedelschulden zijn in dit opzicht te vergelijken met bijvoorbeeld de vennootschapsschulden van een vennootschap onder firma. Deze vennootschapsschulden geven een bijzondere verhaalspraak op het actieve vennootschapsvermogen, omdat zij zijn gemaakt ter verwezenlijking van hetzelfde doel als waarvoor het actieve vennootschapsvermogen is afgescheiden van de privé-vermogens van de vennoten: het voeren van een onderneming.

Tussen de twee voornoemde benaderingen om de voorafbetaling van de boedelschulden te verklaren bestaat een rechtstreeks verband: wanneer vereffening het doel is waarvoor een vermogen wordt afgescheiden, vormen de kosten van executie en vereffening de passiva van dat afgescheiden vermogen.

Op grond van het voorgaande heb ik geconcludeerd dat tot de boedelschulden slechts de schulden behoren, die kunnen worden toegerekend aan het doel van het faillissement (vereffening) en daarom als kosten van executie en vereffening kunnen worden aangemerkt. Deze en de voorgaande bevindingen heb ik in paragraaf 1.7 vertaald in criteria aan de hand waarvan de drie soorten schulden in faillissement kunnen worden afgebakend.

Deze criteria zijn vervolgens toegepast op een aantal specifieke na de faillietverklaring ontstane schulden. In de eerste plaats zijn de artt. 39 lid 1 Fw en 40 lid 4 Fw besproken. Op grond van deze bepalingen zijn de huurpenningen respectievelijk loon- en premieverplichtingen die de gefailleerde na de faillietverklaring verschuldigd wordt, boedelschulden. Deze boedelschulden hebben een oneigenlijk karakter. Bij toepassing van mijn criteria zouden deze verplichtingen als faillissementsschulden moeten worden

aangemerkt. De overwegingen op grond waarvan de wetgever deze schulden als boedelschulden heeft aangemerkt, blijken grotendeels achterhaald. Herziening van de onderhavige wetsartikelen zou serieus moeten worden overwogen. Het eerste lid van art. 39 Fw zou daarbij kunnen vervallen. Op de huurovereenkomst zou in dat geval het gewone regime voor wederkerige overeenkomsten van toepassing zijn (artt. 37 en 37a Fw). Ook aan de vordering ter zake van na de faillietverklaring vervallen loon- en premieverplichtingen zou het karakter van boedelschuld moeten worden ontnomen. In plaats daarvan zou aan deze vordering een superpreferentie kunnen worden toegekend van gelijke of hogere rang als de superpreferentie van de fiscus (art. 21 Iw) en van de bedrijfsvereniging (art. 16 Coördinatie-wet Sociale Verzekering).

Ingevolge de door mij geformuleerde criteria, moeten na de faillietverklaring vervallen periodieke betalingsverplichtingen, uit hoofde van vóór de faillietverklaring met de gefailleerde gesloten duurovereenkomsten, als faillissementsschulden worden aangemerkt. Indien en voor zover de curator de betreffende duurovereenkomst gestand heeft gedaan, zijn de daaruit voortvloeiende verplichtingen boedelschulden.

Ook is een aantal arresten van de Hoge Raad besproken waarin de schuldenproblematiek in faillissement aan de orde kwam. In zijn arrest van 12 januari 1990, NJ 1990, 662 m.nt. PvS (Van der Kooi/De Kort q.q.) heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over het karakter van een vóór het faillissement tussen werkgever en werknemer overeengekomen sociaal plan, op grond waarvan een werknemer bij ontslag door de curator aanspraak maakte op een vergoeding. Juist acht ik het oordeel van de Hoge Raad dat uit een dergelijke afvloeiingsregeling - behalve wanneer het ontslag door de curator kennelijk onredelijk is - geen boedelschuld kan ontstaan. Ik kan echter niet onverkort instemmen met de overweging van de Hoge Raad dat de betrokken werknemer zelfs geen faillissementsvordering toekomt.

In HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 m.nt. PvS (De Ranitz q.q./Ontvanger) besliste de Hoge Raad dat de desinvesteringsverplichting (des-WIR) die ontstond door verkoop door de curator van een bedrijfsmiddel, een boedelschuld oplevert. In HR 12 november 1993, NJ 1994, 229 m.nt. WMK (Frima q.q./Blankers) kwam de Hoge Raad tot dezelfde conclusie ten aanzien van de affinancieringsverplichting voor pensioenpremies, die ontstond doordat de curator de arbeidsovereenkomst had opgezegd. In beide

arresten achtte de Hoge Raad beslissend dat de betreffende schulden waren ontstaan als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling. Naar mijn mening heeft de Hoge Raad hiermee onvoldoende waarde toegekend aan het feit dat de des-WIR en de affinancieringsverplichting slechts ontstonden als bijkomend gevolg van het handelen van de curator, en bovendien hun materiële verschuldigdheid vonden in een rechtsverhouding die de schuldenaar reeds vóór het faillissement in het leven had geroepen. Dergelijke schulden zijn volgens mijn criteria faillissementsschulden.

In *hoofdstuk 2* is ingegaan op het onderscheid dat binnen de groep boedel-schulden moet worden gemaakt tussen algemene en bijzondere faillissementskosten. De algemene faillissementskosten worden op de voet van art. 182 Fw omgeslagen over ieder deel van de boedel. De bijzondere faillissementskosten worden in mindering gebracht op de bate waarop ze specifiek betrekking hebben. Volgens de heersende opvatting zijn de bijzondere faillissementskosten alle boedelschulden die noodzakelijkerwijs zijn gemaakt om een bepaalde bate voor de boedel te realiseren. Alle overige boedelschulden worden als algemene faillissementskosten aangemerkt. In deze opvatting is de grens tussen de algemene en bijzondere faillissementskosten niet altijd scherp te trekken. Dat is in strijd met de rechtszekerheid die bij de faillissementsafwikkeling is vereist.

Ik heb daarom onderzocht of er een alternatief criterium kan worden gehanteerd waarmee de algemene en bijzondere faillissementskosten van elkaar kunnen worden onderscheiden. Omdat dit onderscheid in de Faillissementswet noch in de geschiedenis van haar totstandkoming expliciet wordt gemaakt, is ruim aandacht besteed aan de vraag, waarop het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten is terug te voeren. Het antwoord op deze vraag moet mijns inziens worden gezocht in hetgeen in hoofdstuk 1 reeds is betoogd, namelijk dat het faillissement een vorm van vereffening is, waarbij twee soorten executiekosten kunnen worden onderscheiden.

Enerzijds zijn er kosten die de curator heeft gemaakt bij de executie van een bepaald goed uit de boedel, welke ook in geval van individuele executie buiten faillissement als executiekosten zouden worden aangemerkt. Deze kosten heb ik aangemerkt als eigenlijke executiekosten. In faillissement vormen zij mijns inziens de bijzondere faillissementskosten. Zij moeten ex

art. 3:277 lid 1 BW (art. 1185 onder 1 BW (oud)) vooraf worden voldaan uit de bruto-opbrengst van het geëxecuteerde goed, teneinde de netto-opbrengst daarvan te verkrijgen.

Alle andere boedelschulden zijn te beschouwen als vereffeningskosten. Dat zijn kosten die zijn veroorzaakt door de vereffening van de boedel in zijn geheel. De vereffeningskosten vormen in faillissement de algemene faillissementskosten. Deze kosten moeten ex art. 3:277 lid 1 BW (art. 1195 onder 1 BW (oud)) vóór de faillissementsschulden worden voldaan uit de netto-opbrengst (in vorenbedoelde zin; dus na aftrek van de bijzondere faillissementskosten) van ieder onderdeel van de boedel. Door de omslagregel van art. 182 Fw drukken zij gelijkmatig op iedere bate.

Resumerend komt mijn opvatting erop neer, dat tot de bijzondere faillissementskosten alleen die kosten behoren, die ook bij een individuele executie buiten faillissement als executiekosten worden aangemerkt. Te denken valt aan veilingkosten, notariskosten en deurwaarderskosten. De bijzondere faillissementskosten vormen in mijn opvatting derhalve een veel kleinere groep boedelschulden dan in de heersende leer wordt aangenomen. Mijn opvatting heeft als voordelen boven de heersende leer dat zij (a) past binnen het systeem van het executierecht (b) de rechtszekerheid ten goede komt en (c) bij de verdeling van een negatieve boedel niet tot onbillijke resultaten leidt.

Door een aantal schrijvers wordt verdedigd dat behalve de algemene en bijzondere faillissementskosten nog een derde categorie 'overige boedelschulden' zou moeten worden onderscheiden. Deze boedelschulden zouden niet voor omslag ex art. 182 Fw in aanmerking komen. In zijn beschikking van 30 juni 1995, NJ 1996, 554 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (MeesPierson/Mentink q.q.) heeft de Hoge Raad deze opvatting terecht verworpen. Naast de argumenten van de Hoge Raad, die zijn ontleend aan de tekst en de geschiedenis van de Faillissementswet en het beginsel van rechtszekerheid, heb ik nog een ander bezwaar ingebracht tegen het onderscheiden van een derde categorie 'overige boedelschulden'. Aan de hand van rekenvoorbeelden heb ik aangetoond dat een consequente toepassing van die opvatting ertoe kan leiden, dat boedelschulden onvoldaan blijven terwijl faillissementsschulden wél worden voldaan. Dat is in strijd met het systeem van de Faillissementswet.

In *hoofdstuk 3* stond de vraag centraal, welk systeem van omslag van de algemene faillissementskosten wordt voorgeschreven in art. 182 Fw. Enkele schrijvers verdedigen de opvatting dat deze omslag aldus moet geschieden, dat ook algemeen preferente schuldeisers nooit méér ontvangen dan hun vordering minus het omslagpercentage. Een dergelijk resultaat kan slechts worden bereikt door de omslag te doen plaatsvinden over de uitkeringen. Deze opvatting acht ik in strijd met de tekst en de geschiedenis van art. 182 Fw en het systeem van de wet. Art. 182 Fw schrijft een omslag voor over de baten (opbrengsten) van de boedel. Dit betekent dat een schuldeiser slechts uit een opbrengst van de boedel kan worden voldaan, nadat daarvan eerst een evenredig deel van de algemene faillissementskosten is afgetrokken. Ook de preferente schuldeisers moeten deze omslag gedogen. Dat betekent echter niet dat een preferente schuldeiser zijn vordering nooit integraal voldaan zal kunnen krijgen. Hij zal zijn vordering toch volledig voldaan krijgen, wanneer de opbrengst van het goed of de goederen waarop de preferentie rust, na aftrek van het omslagpercentage, hoger is dan de preferente vordering.

Praktisch gezien heeft het slechts zin een omslagpercentage in mindering te brengen op een bepaalde opbrengst, wanneer er reden is voor een afzonderlijke verdeling van deze opbrengst. Dat is in beginsel slechts het geval wanneer op de opbrengst een bijzonder voorrecht rust. Indien er geen bijzonder bevoorrechte schuldeisers zijn, kunnen de algemene faillissementskosten even goed ineens van het totale boedelactief worden afgetrokken. Daarna kunnen de algemeen bevoorrechte schuldeisers zo mogelijk volledig worden voldaan. Het eventuele restant wordt naar evenredigheid van ieders vordering onder de concurrente schuldeisers verdeeld. In het laatste geval komen de algemene faillissementskosten feitelijk geheel ten laste van de concurrente schuldeisers. Dit is naar mijn mening niet onbillijk. Daarentegen kan het systeem van omslag over de uitkeringen wél tot vreemde en onbillijke uitkomsten leiden.

Hoofdstuk 4 behandelde de goederenrechtelijk gerechtigden die buiten de omslag van de algemene faillissementskosten blijven. Daartoe behoren in de eerste plaats de separatisten: dat zijn de paraat executerende pand- en hypotheekhouder en, in uitzonderingsgevallen, de retentor. Bijzondere aandacht is besteed aan de onderhandse verkoop van een verhypothekerde zaak door de curator. Dat is geen vorm van parate executie, zodat de hypotheekhouder niet buiten de omslag blijft op grond van het systeem

van de artt. 57 lid 1 en 182 Fw. De Hoge Raad heeft dit probleem opgelost door de overeenkomst tussen de curator en de hypotheekhouder te kwalificeren als een regeling in de zin van art. 58 lid 2 Fw. Deze constructie is gekunsteld en overbodig. Dat de hypotheekhouder in deze situatie buiten de omslag blijft vloeit mijns inziens rechtstreeks voort uit de overeenkomst die de curator met de hypotheekhouder is aangegaan. De curator mag een dergelijke overeenkomst aangaan indien dat in het belang van de boedel is. Dat is doorgaans het geval, omdat de boedel profiteert van de hogere opbrengst die met een onderhandse verkoop pleegt te worden gerealiseerd.

De curator pleegt voor zijn inspanningen bij een onderhandse verkoop een boedelbijdrage te bedingen. Dat heeft echter alleen zin indien en voor zover de opbrengst bij onderhandse verkoop, na aftrek van de boedelbijdrage, niet meer toereikend is om de door het hypotheekrecht gedekte vordering geheel te voldoen. Op de uitdelingslijst moet de boedelbijdrage als algemene bate worden genoteerd.

Buiten de omslag van de algemene faillissementskosten blijft ook de beperkt (gebruiks)gerechtigde wiens recht verloren is gegaan tengevolge van een executie door een pand- of hypotheekhouder met een ouder recht. Voor de waardevergoedingsaanspraak die de beperkt gerechtigde in dat geval ontleent aan art. 3:282 BW, kan hij krachtens art. 57 lid 2 Fw uit eigen hoofde buiten het faillissement bij de verdeling van de opbrengst opkomen, zodat hij van de omslag geen nadeel ondervindt. Hetzelfde geldt ten aanzien van de huurder of pachter, wiens recht is vervallen door de executie door een hypotheekhouder die een huurbeding kon invoeren. Dit laatste ondanks het feit dat de wetgever heeft verzuimd in art. 57 lid 2 Fw de waardevergoedingsaanspraak te vermelden die de huurder aan art. 3:264 lid 7 BW ontleent. Hoewel zulks niet expliciet uit de wet volgt, heb ik betoogd dat een beperkt gerechtigde ook buiten de omslag dient te blijven, wanneer de curator heeft geëxecuteerd en het beperkte recht vervalt op grond van art. 188 lid 1 Fw.

Bij de verdeling van een door een separatist gerealiseerde opbrengst, moet de curator op grond van art. 57 lid 3 Fw opkomen voor de belangen van de schuldeisers die in rang boven de separatist gaan. De gelden die de curator krachtens deze bepaling onder zich krijgt, zijn blijkens het laatste zinsdeel van art. 182 Fw niet uitgezonderd van de omslag van de algemene faillisse-

mentskosten. Aan de hand van een rekenvoorbeeld is toegelicht op welke wijze de opbrengst nu moet worden uitgedeeld. Het komt erop neer dat de curator krachtens art. 57 lid 3 Fw een bedrag kan vorderen ten belope van de vordering van de hoger bevoorrechte schuldeiser. Alleen over dat bedrag moet een evenredig deel van de algemene faillissementskosten worden omgeslagen. De separatist ondervindt van deze omslag geen nadeel. Wanneer de curator op de voet van art. 57 lid 3 Fw moet opkomen voor twee (of meer) schuldeisers met een hoger voorrecht dan een executerende separatist, moet de omslag plaatsvinden over het totale door de curator geïnde bedrag. Feitelijk worden de algemene faillissementskosten dan geheel gedragen door de laagst gerangschikte schuldeiser.

In *hoofdstuk 5* stond de afwikkeling van een negatieve boedel centraal. Van een negatieve boedel is sprake wanneer het boedelactief zelfs niet toereikend is om alle boedelschulden geheel te voldoen. Dit blijkt in ongeveer 2/3 van alle faillissementen het geval te zijn. Wanneer de boedel negatief is, speelt nog slechts de vraag, in welke volgorde de boedelschulden uit het ontoereikende actief moeten worden voldaan. In HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 m.nt. PvS (De Ranitz q.q./Ontvanger) heeft de Hoge Raad beslist, dat de boedelschulden bij een negatieve boedel naar evenredigheid van de omvang van elke schuld moeten worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang. Dit laatste is volgens de Hoge Raad ook van belang voor de kosten van executie en vereffening, die vooraf uit de opbrengst moeten worden voldaan teneinde de netto-opbrengst te verkrijgen. Onder die kosten vallen volgens de Hoge Raad in ieder geval het salaris en de verschotten van de curator.

Een aantal vragen heeft de Hoge Raad onbeantwoord gelaten. Zo is voornog onduidelijk welke kosten, behalve het salaris en de verschotten van de curator, als kosten van executie en vereffening kunnen worden aange merkt. Ik heb betoogd dat ook bij een negatieve boedel de kosten van executie en vereffening kunnen worden onderscheiden in eigenlijke executiekosten en vereffeningskosten. De eigenlijke executiekosten zijn bij een negatieve boedel dezelfde boedelschulden als bij een positieve boedel. Dat zijn derhalve alle bijzondere faillissementskosten. In de vereffeningskosten treedt echter een verandering op ten opzichte van de situatie waarin de boedel positief is. Dit vloeit voort uit de aard van de vereffeningskosten en het verschil in optiek tussen een positieve boedel en een negatieve boedel. Als vereffeningskosten kunnen bij een negatieve boedel nog slechts die

boedelschulden worden beschouwd, die noodzakelijkerwijs zijn gemaakt om nog enkele andere boedelschulden te kunnen voldoen. Het heeft mijn voorkeur als zodanig alleen het (volledige) salaris en de verschotten van de curator aan te merken. In de onderlinge rangorde gaan de eigenlijke executiekosten vóór de vereffeningskosten.

In mijn opvatting is de volgorde bij de verdeling van een negatieve boedel als volgt:

1. eigenlijke executiekosten (alle bijzondere faillissementskosten; in voornoemde enge zin);
2. vereffeningskosten (alleen het salaris en de verschotten van de curator);
3. boedelschuldeisers met een wettelijke voorrang; overeenkomstig de hun toekomende rang;
4. concurrente boedelschulden, ieder voor een gelijk percentage.

In de praktijk worden de boedelschulden niet altijd in deze volgorde voldaan. Sommige concurrente boedelschulden worden vooraf en integraal betaald. Dit geldt in het bijzonder voor boedelschulden die de curator heeft veroorzaakt door een beroep te doen op diensten van derden. Onderzocht is wat de juridische grondslag is voor de betaling van deze boedelschulden buiten de wettelijke rangregeling om. Sommige schrijvers zoeken deze grondslag in het onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke boedelschulden. Zij betogen dat de boedelschulden die de curator zelf heeft veroorzaakt (eigenlijke boedelschulden) moeten worden voldaan vóór de boedelschulden die hij niet heeft kunnen voorkomen (oneigenlijke boedelschulden). Een ander meent dat de curator de door hem ingeschakelde derden bij voorrang moet betalen op grond van de regels van ongerechtvaardigde verrijking. Weer een ander meent dat de boedelschulden die zijn ontstaan na het constateren van een negatieve boedel, moeten worden voldaan vóór de 'oude' boedelschulden.

Alle voornoemde opvattingen heb ik verworpen. De grondslag voor de voorafbetaling van boedelvorderingen van ingeschakelde derden is mijns inziens, dat aan deze boedelvorderingen feitelijke voorrang toekomt. De gedachte is als volgt. Zodra de curator constateert dat de boedel negatief is, en hij dus weet dat niet alle boedelschuldeisers kunnen worden voldaan, kan hij niet meer zomaar iedere boedelschuld onmiddellijk en integraal voldoen. Hij zou daarmee de paritas creditorum doorbreken die ook

geldt in geval van concursus van boedelschuldeisers. Het kan voor de verdere afwikkeling van het faillissement echter noodzakelijk zijn, dat de curator nog een beroep doet op diensten van derden. Echter, juist wanneer de boedel negatief is zal niemand zijn diensten willen verlenen of leveranties willen verrichten, zonder verzekerd te zijn van betaling. Het belang van de boedel kan dan rechtvaardigen dat de curator de betreffende dienstverlener of leverancier bij voorrang betaalt. Dit strookt met jurisprudentie van de Hoge Raad, waarin meermalen is beslist dat de curator in het belang van de boedel inbreuk mag maken op de *paritas creditorum*.

De mogelijkheid van betaling bij (feitelijke) voorrang van een door de curator ingeschakelde derde, is niet beperkt tot de situatie waarin de curator de betreffende derde vooraf heeft betaald. De bijzondere positie van de curator als vereffenaar brengt mijns inziens met zich mee, dat de curator integrale betaling van de derde - met werking tegenover de overige boedelschuldeisers - ook bij overeenkomst kan garanderen. De door de curator ingeschakelde derde die niet vooraf is betaald en evenmin garantie van volledige betaling heeft bedongen, komt in beginsel slechts een concurrente boedelvordering toe. Een dergelijke vordering zal bij een negatieve boedel (gedeeltelijk) onvoldaan blijven. Onder omstandigheden kan de curator voor de daardoor geleden schade persoonlijk aansprakelijk worden gehouden. Daarbij speelt een rol in hoeverre de curator de derde vooraf heeft geïnformeerd over de financiële situatie van de boedel.

Tenslotte heb ik betoogd dat een curator een onverschuldigd aan de gefailleerde betaald bedrag niet onmiddellijk uit een negatieve boedel mag restitueren. De restitutieverplichting is een concurrente boedelschuld die blijkens de voornoemde rangorde van boedelschulden pas (gedeeltelijk) mag worden voldaan indien de bijzondere faillissementskosten, het salaris en de verschotten van de curator alsmede de bevoorrechte boedelschulden geheel zijn voldaan.

In hoofdstuk 6 is een aantal fiscale vraagstukken behandeld die spelen bij de verdeling van boedelactief. Aandacht is besteed aan het fiscale bodemvoorecht, op grond waarvan de fiscus in rang gaat boven een stil pandrecht op bodemzaken. Toegelicht is waarom de fiscus op grond van het fiscale bodemvoorecht slechts mag worden voldaan uit de opbrengst van de stil verpande bodemzaken, indien en voor zover hij niet op grond van zijn algemene voorrecht geheel kan worden voldaan uit het vrije boedelactief.

Voorts heb ik verdedigd dat de fiscus het bodemvoorrecht ook kan inroepen voor fiscale boedelvorderingen, doch alleen wanneer de stil verpande zaken zich nog op de bodem van de gefailleerde bevinden op het moment waarop de Ontvanger daarop beslag heeft gelegd.

Bij de afwikkeling van een faillissement noopt het stelsel van heffing van omzetbelasting soms tot ingewikkelde berekeningen. Er is een aantal formules gegeven die de curator onnodige rekenexercities kunnen besparen.

ZUSAMMENFASSUNG UND ERGEBNISSE*

Bei der Abwicklung eines Konkurses, d.h. in der Phase, in der die Konkursmasse unter den dafür in Betracht kommenden Gläubigern verteilt werden muß, zeigen sich eine Reihe von Problemen, die im Gesetz nur in Umrissen geregelt sind und worüber in der Rechtslehre diskutiert wird. In dieser Untersuchung wurden einige dieser Probleme näher untersucht, und es wurde versucht, Vorschläge für eine Lösung dieser Probleme zu erarbeiten.

Im *Kapitel 1* wird zwischen drei Arten von Schulden unterschieden, die im Konkurs vorkommen können: Konkursschulden, Schulden die nicht als Konkursschulden festgestellt wurden sowie Masseschulden. Im Mittelpunkt der Untersuchung steht die Frage, welche Kriterien herangezogen werden müssen um festzustellen, unter welche Kategorie eine bestimmte Forderung fällt. Bei der Beantwortung dieser Frage ist als Ausgangspunkt der Grundsatz der Gleichheit der Gläubiger (*paritas creditorum*) anzuwenden. Dieser Grundsatz umfaßt meiner Ansicht nach zwei Aspekte. Zum einen gibt es den Befriedigungsaspekt (*verhaalsaspect*), der wie folgt formuliert werden kann: Die Gläubiger sind untereinander im gleichen Rang berechtigt, sich aus den Gegenständen ihres Schuldners zu befriedigen. Daneben gibt es den Verteilungsaspekt (*verdelingsaspect*): Wenn Gläubiger zur gleichen Zeit ihre Befriedigungsrechte auf dieselben Vermögensgegenstände ausüben, werden sie bei der Verteilung des Netto-Erlöses im Verhältnis ihrer Forderungen berücksichtigt, mit Ausnahme eines etwaigen Vorranges. Der Zusammenhang der beiden Aspekte mit dem Gleichheitsgrundsatz zeigt sich darin, daß eine Ausnahme vom Befriedigungsaspekt indirekt zu einer Beeinträchtigung des Verteilungsaspektes führt.

Im Konkurs kommt der Befriedigungsaspekt des Gleichheitsgrundsatzes in der Regelung zum Ausdruck, daß Gläubiger einen Anspruch nur dadurch geltend machen können, daß sie ihre Forderungen zur Feststellung anmelden (*ter verificatie indienen*). Diese Regelung gilt allerdings nur für die Konkursgläubiger. Die Befriedigungsposition der Massegläubiger und der Gläubiger von Schulden die nicht als Konkursforderungen festgestellt

* Met dank aan R. Leithaus (Universität zu Köln) voor zijn vertaling van de samenvatting en conclusies.

wurden, bilden Ausnahmen vom Gleichheitsgrundsatz. Massegläubiger haben eine bevorzugte Befriedigungsposition inne: Sie sind unmittelbar aus der Masse zu befriedigen, danach erst kann das Übriggebliebene zur Erfüllung der Konkursschulden verwendet werden. Gläubiger von nicht als Konkursforderungen festgestellten Forderungen wiederum werden in ihren Befriedigungsmöglichkeiten zurückgestellt: Sie haben überhaupt keinen Anspruch auf die Konkursmasse. Der Befriedigungsaspekt des Gleichheitsgrundsatzes muß meiner Ansicht nach dazu führen, daß soviel Schulden wie möglich zu den Konkursschulden gerechnet werden. Um bestimmte Forderungen zu Masseschulden oder zu nicht zu den Konkursforderungen zugehörigen Schulden zu qualifizieren, müssen eindeutige Rechtfertigungsgründe vorliegen. Es wurde untersucht, welche Rechtfertigungsgründe hierfür in Betracht kommen.

Die zurückgestellte Befriedigungsposition der Gläubiger von nicht als Konkursforderung festgestellten Forderungen folgt aus dem Grundsatz der Fixierung. Dieser Grundsatz beinhaltet, daß durch die Eröffnung des Konkursverfahrens sozusagen eine Grenze gezogen wird, wodurch die Gruppe der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Forderungen fixiert wird (der sogenannte formelle Aspekt des Grundsatzes der Fixierung). Diese fixierten Forderungen bilden die Kategorie der Konkursschulden. Nur zur Befriedigung dieser Forderungen wird der Konkurs abgewickelt. Das bedeutet, daß Forderungen, die nach der Konkurseröffnung entstanden sind (und keine Masseschulden sind; siehe unten), nicht zur Feststellung als Konkursforderung eingereicht werden können. Von diesem Grundsatz gibt es für Schulden, die zwar nach der Konkurseröffnung entstanden sind, die aber unmittelbar aus einer bereits vorher bestehenden Rechtsbeziehung folgen, eine Reihe von gesetzlichen Ausnahmen; vgl. Artt. 37a des *Faillissementswet* (Konkursgesetz - Fw), 136 Abs. 2 Fw und 299 (o) Fw. Ich habe erläutert, daß man diese Ausnahmen nicht als abschließend betrachten muß, sondern daß auch bei anderen, nach der Eröffnung des Konkurses entstandenen, Forderungen die Feststellung als Konkursforderung beantragt werden kann.

Zur Untermauerung dieses Standpunktes wird der Konkursbeschlagnahme verglichen mit der Wirkung einer Pfändung, die außerhalb des Konkursverfahrens auf Betreiben eines Einzelgläubigers auf einen oder mehrere Vermögensgegenstände des Schuldners gelegt wird. Im letzteren Fall können andere Gläubiger ebenfalls erwirken, daß ein Mitpfandrecht auf die Sache

gelegt wird. Hierdurch bewerkstelligen sie, daß sie bei der Verteilung des Pfändungserlöses mit berücksichtigt werden. Der Erwerb eines Mitpfandrechtes hat in diesem Zusammenhang eine Funktion, die vergleichbar ist mit dem Anmelden einer Forderung zur Konkurstabelle. Ein solches Mitpfandrecht können allerdings nicht nur solche Gläubiger erwerben, deren Forderung bereits zum Zeitpunkt der ersten Pfändung bestanden hatte. Dieser Unterschied zwischen den Rechtsfolgen einer Konkurs-eröffnung und der Einzelzwangsvollstreckung kann jedoch nur zum Teil dadurch erklärt werden, daß sich der Gemeinschuldner, im Gegensatz zum Schuldner, zu dessen Lasten eine Einzelzwangsvollstreckung durchgeführt wurde, in einem Zustand der Zahlungsunfähigkeit befindet. Die zum Zeitpunkt der Konkurs-eröffnung bestehenden Gläubiger bedürfen daher eines zusätzlichen Schutzes für ihre Befriedigungsmöglichkeiten. Dies wird dadurch erreicht, daß im Moment der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht nur das *aktive* Vermögen des Schuldners fixiert wird - in dem Sinn, daß dieses aktive Vermögen als Vollstreckungsobjekt für die Gläubiger intakt bleibt - aber auch das *passive* Vermögen des Gläubigers wird fixiert: Die zum Zeitpunkt der Konkurs-eröffnung bestehenden Gläubiger brauchen bei der Verteilung des Erlöses nicht mit neuen Gläubigern zu konkurrieren. Letzteres ist meiner Ansicht nach jedoch nicht zu rechtfertigen, wenn es sich um Forderungen handelt, die zwar nach Konkurs-eröffnung entstanden sind, deren materielle Entstehung jedoch in überwiegendem Maße durch Tatsachen bestimmt ist, die vor der Konkurs-eröffnung stattgefunden haben.

Anschließend wird untersucht, auf welche Weise die bevorzugte Befriedigungsposition der Massegläubiger gerechtfertigt werden kann. Die Antwort auf diese Frage liegt im besonderen Charakter der Masseschulden. Es handelt sich um Schulden, die notwendigerweise im Zuge der Abwicklung eines Konkursverfahrens entstehen. Angesichts dessen, daß diese Abwicklung zum Wohle der Konkursgläubiger stattfindet, liegt es auf der Hand, daß die letztgenannten Gläubiger erst dann einen Anspruch auf die Konkursmasse geltend machen können, wenn alle Massegläubiger vollständig befriedigt sind. Diese Erwägung kann auf zwei Wegen dogmatisch untermauert werden.

Zum einen habe ich erläutert, daß die Masseschulden als Kosten der Vollstreckung i.S.d. Art. 277 Abs. 1 Buch 3 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches (*Burgerlijk Wetboek* - BW) angesehen werden können. Auf-

grund dieser Bestimmung müssen diese Kosten vorweg aus dem Bruttoerlös der Konkursmasse getilgt werden; danach verbleibt der Nettoerlös aus der Konkursmasse, der nach der jeweiligen Rangfolge unter den Gläubigern verteilt wird, zu dessen Gunsten die Vollstreckung stattfand: die Konkursgläubiger. Dieser Standpunkt wird wie folgt erläutert.

Ein Konkursverfahren ist eine spezielle Form der Zwangsvollstreckung: Es ist eine Art Liquidation. Von einer Liquidation in diesem Sinne kann man m.E. sprechen, wenn ein Vermögen als Einheit (als Masse) zu Gunsten der gesamten Gläubiger durch eine kraft Gesetzes dazu bestimmte Person (der Liquidator) verwaltet, zu Geld gemacht und verteilt wird. Eine Liquidation kann man von der von einem einzelnen Gläubiger betriebenen üblichen Zwangsvollstreckung abgrenzen. Eine solche Zwangsvollstreckung findet nur zugunsten dieses einen Schuldners statt und betrifft nicht das Vermögen als Einheit, sondern nur einen oder mehrere Bestandteile davon.

Bei einer Liquidation entstehen Kosten, die ich als 'Liquidationskosten' bezeichne. Dabei handelt es sich um Vollstreckungskosten i.S.d. Art. 277 Abs. 1 Buch 3 BW, jedoch, da die Liquidation eine spezielle Form der Vollstreckung ist, stellen auch die Liquidationskosten eine spezielle Art von Vollstreckungskosten dar. Es sind Kosten, die normalerweise keine Vollstreckungskosten sind, die man jedoch bei der Liquidation eines Vermögens als Kosten der Vollstreckung des Vermögens als Ganzes betrachten kann. Die Liquidationskosten habe ich unterschieden von den 'eentlichen Vollstreckungskosten'. Die eentlichen Vollstreckungskosten sind Kosten, die entstehen, wenn in einen *bestimmten* Vermögensgegenstand vollstreckt wird, ungeachtet ob dies im Zuge einer üblichen Zwangsvollstreckung durch einen einzelnen Gläubiger oder während einer Liquidation durch einen Liquidator betrieben wird.

Daher sind bei einer Liquidation nach meiner Ansicht zwei Arten von Vollstreckungskosten zu unterscheiden: Liquidationskosten und eentliche Vollstreckungskosten. Beide Arten Vollstreckungskosten können unter Art. 277 Abs. 1 Buch 3 BW gefaßt werden. Im Konkursverfahren bilden die Liquidationskosten und die eentlichen Vollstreckungskosten zusammen die Masseschulden. Die Masseschulden können daher zusammengefaßt werden als 'Kosten der Vollstreckung und Liquidation'.

Eine zweite Möglichkeit, die besondere Befriedigungsposition der Massegläubiger zu erklären, ist es, die Konkursmasse als ein Sondervermögen anzusehen. Von einem Sondervermögen spricht man wenn ein oder mehrere aktive Vermögensbestandteile einer (juristischen) Person zu einem bestimmten Zweck vereinigt werden und zwar dergestalt, daß die Vermögensbestandteile für bestimmte Forderungen ein besonderes Vollstreckungsobjekt darstellen. Der Zweck, für den die Konkursmasse vom übrigen Vermögen des Gemeinschuldners abgetrennt wird, ist die Liquidation. Auf der Aktivseite der abgetrennten Konkursmasse stehen alle Vermögensbestandteile, die unter den Konkurs fallen. Diese Vermögensbestandteile sollen aufgrund des Konkurses verwaltet, zu Geld gemacht und verteilt werden (kurz: liquidiert werden). Die Schulden, die bei der Verfolgung dieses Zweckes gemacht werden (die Masseschulden) stellen die Passiva des Sondervermögens dar. Die übrigbleibenden Aktiva und Passiva aus dem Vermögen des Gemeinschuldners bilden zusammen das nicht abgetrennte Vermögen. Auf der Aktivseite stehen die Güter, die nach Art. 21 Fw aus dem Konkursverfahren herausfallen. Die Passiva des nicht abgetrennten Vermögens bestehen aus den Konkurssschulden und den Schulden, die nicht als Konkurssschulden festgestellt wurden. Aus der Tatsache, daß ein Sondervermögen entsteht, kann man übrigens nicht den Schluß ziehen, daß die Konkursmasse eine juristische Person ist.

Die Schlußfolgerung aus dieser Betrachtungsweise ist, daß die Masseschulden zuerst aus der Konkursmasse beglichen werden müssen, da diese im Zusammenhang mit der Verfolgung des Zweckes entstanden sind, zu dem die Konkursmasse von den übrigen Aktiva des Gemeinschuldners abgetrennt wurde. Masseschulden sind in diesem Sinne etwa vergleichbar mit den Gesellschaftsschulden einer offenen Handelsgesellschaft (*vennootschap onder firma*). Diese Schulden eröffnen eine gesonderte Zugriffsmöglichkeit auf das Gesellschaftsvermögen, da diese im Zusammenhang mit der Verfolgung des Zweckes entstanden sind, zu dem das Gesellschaftsvermögen vom Privatvermögen des persönlich haftenden Gesellschafters abgetrennt wurde: das Führen eines Unternehmens.

Zwischen den beiden soeben genannten Argumenten zur Erklärung der Tatsache, daß Masseschulden vorab bezahlt werden, besteht ein unmittelbarer Zusammenhang: Wenn die Liquidation das Ziel ist, welches durch die Abtrennung des Vermögens erreicht werden soll, dann bilden die

Kosten der Vollstreckung und Liquidation die Passiva dieses abgetrennten Vermögens.

Aufgrund des zuvor Gesagten habe ich die Schlußfolgerung gezogen, daß nur die Schulden zu den Masseschulden gehören, die dem Ziel des Konkurses (der Liquidation) zuzurechnen sind und die daher als Kosten der Vollstreckung und Liquidation bezeichnet werden können. Diese und die zuvor genannten Befunde habe ich in Abschnitt 1.7 in Kriterien übersetzt, anhand derer die drei in einem Konkursverfahren vorkommenden Arten von Schulden abgegrenzt werden können.

Diese Kriterien wurden anschließend auf eine Reihe spezifischer, nach der Konkurseröffnung entstehender Verpflichtungen angewandt. An erster Stelle werden die Artt. 39 Abs. 1 Fw und 40 Abs. 4 Fw besprochen. Nach diesen Bestimmungen sind Mietzinsen bzw. Arbeitslöhne und -prämien, die der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung schuldet, Masseschulden. Diese Masseschulden haben einen uneigentlichen Charakter. Bei der Anwendung meiner Kriterien müßten diese Schulden als Konkursschulden behandelt werden. Die Erwägungen, die den Gesetzgeber dazu gebracht haben, diese Schulden als Masseschulden zu behandeln, haben sich größtenteils als überholt erwiesen. Die Überarbeitung der genannten Gesetzesbestimmungen sollte ernsthaft in Betracht gezogen werden. Der erste Absatz von Art. 39 Fw könnte dabei verfallen. Auf den Mietvertrag würde in diesem Fall die normale für wiederkehrende Leistungen geltende Regelung angewendet werden (Art. 37 und 37a Fw). Auch den Forderungen aus nach der Konkurseröffnung entstandenen Verpflichtungen zu Zahlung von Arbeitslöhnen und -prämien sollte die Eigenschaft als Massenforderung abgesprochen werden. Anstelle davon könnte diesen Forderungen eine bevorrechtigte Stellung eingeräumt werden, etwa die gleiche oder eine höherrangige als die des Fiskus (Art. 21 *Invorderingswet* 1990 - niederländische Abgabenordnung) und die der *bedrijfsvereniging*¹ (Art. 16 *Coördinatiewet Sociale Verzekering*).

Den von mir formulierten Kriterien folgend müßten persönliche wiederkehrende Zahlungsverpflichtungen aus einem vor der Konkurseröffnung mit dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Dauerschuldverhältnis, die

1 Wirtschaftsvereinigungen zur Durchführung der Sozialversicherungsgesetze.

nach der Konkurseröffnung fallig werden, als Konkursschulden angesehen werden. Wenn und soweit der Konkursverwalter das betreffende Dauerschuldverhältnis bestätigt hat, sind die daraus entstehenden Verpflichtungen Masseschulden.

Weiterhin wurden eine Reihe von Entscheidungen des Hogen Raad² besprochen, die die Schuldenproblematik im Konkurs zum Gegenstand hatten. In der Entscheidung vom 12. Januar 1990, NJ 1990, 662 m. Anm. P. van Schilfgaarde (Van der Kooi/De Kort q.q.) hat der *Hoge Raad* sich zu einem vor dem Konkurs zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber geschlossenen Sozialplan geäußert, aufgrund dessen ein Arbeitnehmer bei einer von Seiten des Konkursverwalters erfolgten Kündigung den Anspruch auf eine Abfindung geltend gemacht hatte. Ich erachte die Entscheidung des *Hogen Raad*, wonach aus einer solchen Abfindungsregelung - ausgenommen in dem Fall, daß die Kündigung des Arbeitnehmers durch den Konkursverwalter offensichtlich unberechtigt war - keine Masseschuld entstehen kann, für richtig. Ich kann allerdings den Erwägungen des *Hogen Raad*, wonach dem Arbeitnehmer noch nicht einmal eine Konkursforderung zukommen soll, nicht ohne weiteres folgen.

In der Entscheidung des HR vom 28. September 1990, NJ 1991, 305 m. Anm. P. van Schilfgaarde (De Ranitz q.q./Fiskus) wurde entschieden, daß die sog. Desinvestitionsverpflichtung (*des WIR*)³, die dadurch entsteht, daß der Konkursverwalter einen Gegenstand des Betriebsvermögens verkauft hatte, eine Masseschuld darstellt. In der Entscheidung des HR vom 12. November 1993, NJ 1994, 229 m. Anm. W.M. Kleijn (Frima q.q./Blankers) kam er bei einer sog. Aufstockungsverpflichtung für Pensionsbeiträge⁴, die dadurch entstand, daß der Konkursverwalter einen Arbeitsvertrag gekündigt hatte, zur selben Entscheidung. In beiden Entscheidungen hielt der

2 Der höchste niederländische Gerichtshof.

3 Es handelt sich um die gesetzliche Verpflichtung, vom Staat nach dem Wet investeringsrekening - WIR - gewährte Subventionen, die zum Erwerb von Betriebsgegenständen gewährt wurden, zurückzuerstatten, wenn sie vor Ablauf eines bestimmten Zeitraumes wieder veraußert werden

4 Sog. affinancieringsverplichting voor pensioenpremies. Dabei handelt es sich um die Verpflichtung des Arbeitgebers, die in der Vergangenheit gezahlten Rentenbeiträge dergestalt aufzustocken, daß bei Eintritt der Pensionsberechtigung die Zahlung von 70 % des letzten Gehaltes gewährleistet ist. Die Verpflichtung tritt u. a. ein bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber.

Hoge Raad die Erwägung für entscheidend, daß die betreffenden Schulden durch eine Handlung des Konkursverwalters entstanden waren, die dieser zugunsten der Konkursmasse verrichtete. Meiner Ansicht nach hat der *Hoge Raad* hierdurch nicht ausreichend die Tatsache berücksichtigt, daß sowohl die Desinvestitionsverpflichtung als auch die Aufstockungsverpflichtung nur als Nebenfolge der Handlung des Konkursverwalters entstanden waren und außerdem ihren materiellen Entstehungsgrund in Rechtsbeziehungen hatten, die bereits vor Konkurseröffnung bestanden. Solche Schulden sind bei Anwendung meiner Kriterien Konkursschulden.

Im Kapitel 2 wird auf den innerhalb der Gruppe der Masseschulden gemachten Unterschied zwischen allgemeinen und besonderen Kosten des Konkursverfahrens näher eingegangen. Die allgemeinen Kosten des Konkursverfahrens werden unter Anwendung von Art. 182 Fw auf jeden Teil der Masse umgelegt. Die besonderen Kosten führen nur zu einer Minderung der Vermögensmassen, zu denen sie eine spezielle Beziehung haben. Nach herrschender Auffassung sind die besonderen Kosten des Konkursverfahrens alle Masseschulden, die notwendigerweise dadurch entstanden sind, daß ein bestimmter Vermögenswert für die Masse erzielt worden ist. Alle sonstigen Masseschulden werden als allgemeine Kosten des Konkursverfahrens bezeichnet. Nach dieser Auffassung ist die Grenze zwischen allgemeinen und besonderen Kosten nicht immer scharf zu ziehen. Dies widerspricht der bei einer Konkursabwicklung erforderlichen Rechtssicherheit.

Ich habe daher untersucht, ob ein alternatives Kriterium angewendet werden kann, mit dem man die allgemeinen von den besonderen Kosten abgrenzen kann. Da diese Unterscheidung weder im *Faillissementswet* selbst noch in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ausdrücklich gemacht wird, wurde vorliegend ausführlich untersucht, worauf die Unterscheidung zwischen allgemeinen und besonderen Kosten des Konkursverfahrens zurückzuführen ist. Die Antwort auf diese Frage muß meiner Ansicht nach in dem gefunden werden, was im Kapitel 1 bereits erörtert wurde. Es ist zu berücksichtigen, daß der Konkurs eine Art der Liquidation ist, bei der zwei Sorten von Vollstreckungskosten entstehen können.

Auf der einen Seite gibt es Kosten, die der Konkursverwalter bei der Vollstreckung eines bestimmten Vermögensgegenstandes aus der Masse gemacht hat und die auch im Falle der Vollstreckung außerhalb des Kon-

kurses als Vollstreckungskosten qualifiziert worden wären. Diese Kosten habe ich als eigentliche Vollstreckungskosten bezeichnet. Im Konkurs bilden diese m.E. nach die besonderen Kosten des Konkursverfahrens. Sie müssen nach Art. 277 Abs. 1 Buch 3 BW (Art. 1185 Ziff. 1 des alten BW) vorab aus dem Bruttoerlös des vollstreckten Gutes beglichen werden, um schließlich den Nettoerlös zu erhalten.

Alle anderen Masseschulden sind als Liquidationskosten zu qualifizieren. Es sind Kosten, die ihre Ursache in der Liquidation der Masse als Ganzes haben. Die Liquidationskosten bilden im Konkursverfahren die allgemeinen Kosten des Konkursverfahrens. Diese Kosten müssen nach Art. 277 Abs. 1 Buch 3 BW (Art. 1195 Ziff. 1 des alten BW) vor den Konkursschulden aus dem Nettoerlös (im Sinne des soeben Erläuterten; also nach Abzug der besonderen Kosten des Konkursverfahrens) jedes Vermögensgegenstandes der Masse beglichen werden. Durch die Umlegungsregel des Art. 182 Fw lasten sie gleichmäßig auf jedem Vermögenswert der Masse.

Zusammenfassend führt meine Ansicht dazu, daß zu den besonderen Kosten des Konkursverfahrens nur solche Kosten gezählt werden, die auch bei einer Einzelzwangsvollstreckung außerhalb des Konkurses als Vollstreckungskosten bezeichnet würden. Dabei ist zu denken an Versteigerungskosten, Kosten des Notars und des Gerichtsvollziehers. Die besonderen Kosten des Konkursverfahrens bilden nach meiner Ansicht also eine viel kleinere Gruppe als dies nach der herrschenden Meinung angenommen wird. Meine Ansicht hat gegenüber der herrschenden Lehre die folgenden Vorzüge: (a) Sie paßt in das System des Vollstreckungsrechts herein, (b) sie dient der Rechtssicherheit und (c) bei der Verteilung einer unzureichenden Masse führt sie nicht zu unbilligen Ergebnissen.

Eine Reihe von Autoren ist der Auffassung, daß neben den allgemeinen und den besonderen Kosten des Konkursverfahrens noch eine dritte Kategorie "sonstige Masseschulden" zu bilden ist. Diese Schulden sollen nicht für eine Umlegung i.S.d. Art. 182 Fw in Betracht kommen. In seiner Entscheidung vom 30. Juni 1995, NJ 1996, 554 m. Anm. S.C.J.J. Kortmann (MeesPierson/Mentink q.q.) hat der *Hoge Raad* diese Ansicht zurecht verworfen. Neben den Argumenten des *Hogen Raad*, der sich auf die Entstehungsgeschichte des *Faillissementswet* und den Grundsatz der Rechtssicherheit beruft, kann ich noch einen weiteren Grund anführen, der gegen die Bildung einer dritten Kategorie "sonstige Masseschulden" spricht.

Anhand von Rechenbeispielen habe ich dargestellt, daß die konsequente Anwendung dieser Auffassung dazu führen kann, daß einerseits Masse-schulden unbezahlt bleiben, während andererseits Konkurs-schulden bezahlt werden. Dies widerspricht dem System des *Faillissementswet*.

Im Mittelpunkt des Kapitels 3 steht die Frage, welches System der Umlegung der allgemeinen Kosten des Konkursverfahrens in Art. 182 Fw vorgeschrieben wird. Einige Autoren stehen auf dem Standpunkt, daß die Umlegung auf die Weise erfolgen muß, daß üblicherweise auch bevorzugte Gläubiger nie mehr erhalten als ihre Forderung minus der Umlegungsquote. Ein solches Resultat kann nur dadurch erzielt werden, daß die Umlegung auf die Auszahlungen erfolgt. Diese Auffassung widerspricht m.E. nach der Entstehungsgeschichte und dem Gesetzestext des Art. 182 Fw sowie dem System des Gesetzes. Art. 182 Fw bestimmt eine Umlegung auf die Vermögensgegenstände (Erträge) der Masse. Das bedeutet, daß ein Gläubiger erst dann aus den Erträgen der Masse befriedigt werden kann, wenn zuvor ein zu den Schulden im Verhältnis stehender Teil der allgemeinen Kosten des Verfahrens abgezogen worden ist. Auch die bevorrechtigten Gläubiger müssen diese Umlegung dulden. Das bedeutet jedoch nicht, daß ein bevorrechtigter Gläubiger seine Forderung niemals gänzlich erfüllt bekommt. Seine Forderung wird dann vollständig erfüllt werden, wenn der Ertrag des Vermögensgegenstandes, auf dem das Vorrecht ruht, nach Abzug der Umlegungsquote höher ist als die bevorrechtigte Forderung.

In der Praxis macht der Abzug einer Umlegungsquote von dem Ertrag eines bestimmten Vermögenswertes nur dann Sinn, wenn es einen Grund gibt, diesen Ertrag gesondert zu verteilen. Das ist grundsätzlich nur dann der Fall, wenn auf dem Ertrag ein spezielles Vorrecht ruht. Gibt es keine besonders bevorrechtigten Gläubiger, dann können die allgemeinen Kosten des Konkursverfahrens ebenso gut auf einmal vom gesamten Masseertrag abgezogen werden. Der schließlich verbleibende Rest wird dann im Verhältnis zur Höhe der jeweiligen Forderung an die konkurrierenden Gläubiger verteilt. Im letzteren Fall gehen die allgemeinen Kosten des Verfahrens faktisch als Ganzes zu Lasten der konkurrierenden Gläubiger. Das ist meiner Ansicht nach nicht unbillig. Dagegen kann das System der Umlegung der Kosten auf die ausgekehrten Beträge zu seltsamen und unbilligen Ergebnissen führen.

Kapitel 4 behandelt die sachenrechtlich (Absonderungs-) Berechtigten, die bei der Umlegung der allgemeinen Kosten des Konkursverfahrens außen vor bleiben. Hierzu gehören in erster Linie die sog. *Separatisten*: das sind die Pfand- und Hypothekengläubiger, die ohne Titel vollstrecken können sowie, in Ausnahmefällen, der Inhaber eines Zurückbehaltungsrechts. Besondere Aufmerksamkeit wurde dem freihändigen Verkauf einer mit einem Pfandrecht belasteten Sache durch den Konkursverwalter gewidmet. Dabei handelt es sich nicht um eine Form der Vollstreckung ohne Titel, so daß der Hypothekar nicht aufgrund des Systems der Artt. 57 Abs. 1 und 182 Fw bei der Umlegung außen vor bleibt. Der *Hoge Raad* hat das Problem dadurch aufgelöst, daß er den zwischen Konkursverwalter und Hypothekar geschlossenen Vertrag als eine Regelung i.S.d. Art. 58 Abs. 2 Fw qualifiziert. Diese Konstruktion ist gekünstelt und überflüssig. Daß der Hypothekar in dieser Situation bei der Umlegung außen vor bleibt, folgt m.E. direkt aus dem zwischen Konkursverwalter und Hypothekar abgeschlossenen Vertrag. Der Konkursverwalter ist berechtigt, einen solchen Vertrag abzuschließen, wenn dies im Interesse der Masse ist. Das ist in aller Regel der Fall, da die Masse von dem höheren Erlös, der beim freihändigen Verkauf zumeist erzielt werden kann, profitiert.

Der Konkursverwalter vereinbart beim freihändigen Verkauf in der Regel für seine Bemühungen die Zahlung eines Beitrages an die Konkursmasse. Das macht allerdings nur dann Sinn, wenn und soweit der Ertrag beim freihändigen Verkauf, nach Abzug des Beitrages an die Masse, nicht ausreicht, die durch die Hypothek gesicherte Forderung vollständig zu erfüllen. Auf der Verteilungsliste muß der Beitrag an die Konkursmasse als allgemeiner Erlös erscheinen.

Außerhalb der Umlegung der allgemeinen Kosten des Konkursverfahrens bleibt auch der beschränkt (Gebrauchs-) Berechtigte, dessen Recht durch die Vollstreckung der Sache auf Betreiben eines Hypotheken- oder Pfandrechtsinhabers älteren Rechts untergegangen ist. Bezüglich des Anspruchs auf Wertersatz des beschränkt Berechtigten aus Art. 282 Buch 3 BW kann dieser nach Art. 57 Abs. 2 Fw bei der Verteilung des Ertrages außerhalb des Konkurses im eigenen Namen seinen Anspruch geltend machen, damit er bei der Umlegung nicht benachteiligt wird. Dasselbe gilt für den Mieter oder Pächter, dessen Recht durch die Vollstreckung der Sache durch einen

Hypothekeneinhaber, der ein sog. *huurbeding*⁵ geltend machen konnte, untergegangen ist. Letzteres gilt ungeachtet der Tatsache, daß der Gesetzgeber es versäumt hat, den Wertersatzanspruch des Mieters aus Art. 264 Abs. 7 Buch 3 BW in Art. 57 Abs. 2 Fw mit aufzunehmen. Obwohl sich dies nicht ausdrücklich aus dem Gesetz ergibt, habe ich erläutert, daß ein beschränkt Berechtigter bei der Umlegung der Kosten außen vor bleiben muß, wenn der Konkursverwalter in die Sache vollstreckt hat und das beschränkte Recht nach Art. 188 Abs. 1 Fw untergegangen ist.

Bei der Verteilung des durch einen Separatisten realisierten Ertrages muß der Konkursverwalter nach Art. 57 Abs. 3 Fw die Belange der Gläubiger beachten, die im Rang dem *Separatisten* vorgehen. Die Gelder, die der Konkursverwalter nach dieser Vorschrift erhält, sind nach dem letzten Halbsatz des Art. 182 Fw von der Umlegung der allgemeinen Kosten des Konkursverfahrens nicht ausgeschlossen. Anhand eines Rechenbeispiels wird erläutert, auf welche Weise der Ertrag nun verteilt werden muß. Man kommt zu dem Ergebnis, daß der Konkursverwalter einen Betrag in der Höhe der Forderungen der mit einem höheren Rang berechtigten Gläubiger verlangen kann. Nur bezüglich dieses Betrages muß ein mit den allgemeinen Kosten des Konkursverfahrens im Verhältnis stehender Teil auf diese umgelegt werden. Der *Separatist* erfährt aus dieser Umlegung keinen Nachteil. Wenn der Konkursverwalter unter Anwendung des Art. 57 Abs. 3 Fw sich für zwei (oder mehr) Gläubiger einsetzen muß, die einen höheren Rang haben als der vollstreckende *Separatist*, wird der gesamte durch den Konkursverwalter eingenommene Betrag auf die Kosten umgelegt. Faktisch werden die allgemeinen Kosten des Konkursverfahrens dann allein vom Gläubiger mit dem untersten Rang getragen.

Im Mittelpunkt von *Kapitel 5* steht die Abwicklung einer negativen Konkursmasse. Von einer negativen Masse spricht man, wenn die Aktiva der Masse noch nicht einmal ausreichen, um alle Masseschulden zu erfüllen. Es zeigt sich, daß dies bei etwa 2/3 aller Konkursverfahren der Fall ist. Wenn eine negative Konkursmasse vorliegt, stellt sich nur noch die Frage, in welcher Reihenfolge die Masseschulden aus den unzureichenden Aktiva getilgt werden müssen. In der Entscheidung des HR vom 28. September

5 Die hypothekarische Bedingung über die Vermietung des Grundstücks nach Art. 264 Buch 3 BW.

1990, NJ 1991, 305 m. Anm. *P. van Schilfgaarde* (De Ranitz q.q./Fiskus) wurde bestimmt, daß die Masseschulden bei einer negativen Konkursmasse im Verhältnis zur Höhe einer jeden Schuld getilgt werden müssen, ausgenommen der hierfür geltenden gesetzlichen Gründe für einen Vorrang einzelner Schulden. Letzteres ist nach Ansicht des *Hogen Raad* auch von Bedeutung für die Kosten der Vollstreckung und Liquidation, die vorab - mit dem Ziel, den Nettoertrag zu erhalten - aus dem Ertrag erfüllt werden müssen. Unter diese Kosten fallen nach Ansicht des *Hogen Raad* in jedem Fall das Honorar und die Vorschüsse des Konkursverwalters.

Eine Reihe von Fragen hat der *Hoge Raad* unbeantwortet gelassen. So ist vorerst noch unklar, welche Kosten, neben dem Honorar und den Vorschüssen des Konkursverwalters, zu den Kosten der Vollstreckung und der Liquidation gerechnet werden können. Ich habe dargestellt, daß auch bei einer negativen Konkursmasse die Kosten der Vollstreckung und der Liquidation aufgespaltet werden können in die eigentlichen Kosten der Vollstreckung und die Liquidationskosten. Die eigentlichen Kosten der Vollstreckung sind bei einer negativen Konkursmasse dieselben Masseschulden wie bei einer positiven Masse. Das sind also alle besonderen Kosten des Konkursverfahrens. Bei den Liquidationskosten tritt allerdings im Vergleich zur positiven Konkursmasse eine Veränderung auf. Das folgt aus der Art der Liquidationskosten und den Unterschieden im Blickwinkel bei positiver und negativer Konkursmasse. Als Liquidationskosten können bei einer negativen Masse nur noch die Masseschulden qualifiziert werden, die notwendigerweise gemacht wurden, um einige andere Masseschulden zu begleichen. Ich möchte zu diese Schulden nur das (vollständige) Honorar und die Vorschüsse des Konkursverwalters zählen. Bei der Rangfolge untereinander gehen die eigentlichen Vollstreckungskosten den Liquidationskosten vor.

Nach meiner Ansicht ist die Rangfolge bei der Verteilung einer negativen Konkursmasse wie folgt anzunehmen:

1. Eigentliche Vollstreckungskosten (alle besonderen Kosten des Konkursverfahrens; im vorgenannten engen Sinne);
2. Liquidationskosten (nur das Honorar und die Vorschüsse des Konkursverwalters);
3. Massegläubiger mit einem gesetzlichen Vorrang; entsprechend dem diesen zustehenden Rang;
4. Konkurrierende Massegläubiger, jeder mit der gleichen Quote.

In der Praxis werden Masseschulden nicht immer in dieser Reihenfolge beglichen. Manche konkurrierende Masseschulden werden vorab und vollständig beglichen. Dies gilt insbesondere für solche Masseschulden, die der Konkursverwalter dadurch verursacht hat, daß er die Hilfe Dritter in Anspruch nehmen mußte. Es wurde untersucht, was die rechtliche Erklärung dafür ist, daß diese Masseschulden außerhalb der gesetzlichen Regelungen bezahlt werden. Manche Autoren suchen die Erklärung in der Unterscheidung zwischen eigentlichen und uneigentlichen Masseschulden. Sie führen an, daß die Masseschulden, die der Konkursverwalter selbst verursacht hat (eigentliche Masseschulden) vor den Masseschulden bezahlt werden müssen, die er nicht verhindern konnte (uneigentliche Masseschulden). Ein anderer ist der Ansicht, daß der Konkursverwalter die von ihm eingeschalteten Dritten vorrangig bezahlen muß nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung. Wieder ein anderer meint, daß die Masseschulden, die entstanden sind, nachdem eine negative Konkursmasse festgestellt wurde, vor den 'alten' Masseschulden beglichen werden müssen.

Alle vorgenannten Auffassungen habe ich abgelehnt. Der Grund dafür, daß Masseschulden von eingeschalteten Dritten vorab bezahlt werden, ist m.E., daß diesen Masseschulden ein faktischer Vorrang zukommt. Der Gedankengang ist der folgende. Sobald der Konkursverwalter feststellt, daß die Konkursmasse negativ ist und er deshalb weiß, daß nicht alle Massegläubiger befriedigt werden können, kann er nicht mehr ohne weiteres jede Masseschuld sofort und vollständig begleichen. Er würde dadurch die *paritas creditorum* durchbrechen, die auch im Fall der Konkurrenz der Massegläubiger gilt. Es kann allerdings für die weitere Abwicklung des Konkursverfahrens erforderlich sein, daß der Konkursverwalter noch die Dienste von Dritten in Anspruch nimmt. Jedoch, gerade dann, wenn die Konkursmasse unzureichend ist, wird sich niemand mehr finden, der Dienste verrichten oder Lieferungen erbringen will, ohne daß seine Bezahlung gewährleistet ist. Das Interesse der Konkursmasse kann es dann rechtfertigen, daß der Konkursverwalter den betreffenden Dienstleister oder Lieferanten vorrangig bezahlt. Dies deckt sich mit der Rechtsprechung des *Hogen Raad*, in der mehrfach entschieden wurde, daß der Konkursverwalter im Interesse der Masse die *paritas creditorum* durchbrechen darf.

Die Möglichkeit des Konkursverwalters, einen durch ihn eingeschalteten Dritten mit einem (tatsächlichen) Vorrang zu vergüten, beschränkt sich

nicht auf die Fallgestaltung, daß er den Dritten vorab bezahlt hat. Die besondere Stellung, die der Konkursverwalter als Liquidator einnimmt, bringt m.E. mit sich, daß der Konkursverwalter die vollständige Bezahlung - mit Wirkung für und gegen die übrigen Massegläubiger - vertraglich garantieren kann. Dem durch den Konkursverwalter eingeschalteten Dritten, der nicht vorweg bezahlt wurde und der sich auch die vollständige Bezahlung nicht hat garantieren lassen, kommt grundsätzlich nur eine konkurrierende Masseforderung zu. Eine solche Forderung wird bei einer negativen Masse (teilweise) unvergütet bleiben. Unter Umständen kann der Konkursverwalter für einen hierdurch entstehenden Schaden persönlich haftbar gemacht werden. Dabei ist von Bedeutung, inwieweit der Konkursverwalter den Dritten vorher über die finanzielle Situation der Konkursmasse aufgeklärt hat.

Zum Schluß habe ich angeführt, daß ein Konkursverwalter einen ungerechtfertigt an den Gemeinschuldner bezahlten Betrag nicht unmittelbar aus einer negativen Masse restituieren darf. Der Kondiktionsanspruch ist eine konkurrierende Masseschuld, die nach der oben angegebenen Rangordnung der Masseschulden erst (teilweise) erfüllt werden darf, nachdem die besonderen Konkurssschulden, das Honorar und die Vorschüsse des Konkursverwalters sowie die Forderungen der bevorrechtigten Massegläubiger vollständig erfüllt sind.

Im *Kapitel 6* wurden eine Reihe von steuerlichen Problemen behandelt, die bei der Verteilung der Aktiva der Konkursmasse auftreten. Behandelt wurde das sog. Bodenvorrecht des Fiskus aus Art. 21 u. 22 des *Invorderingswet 1990*, nach dem dieser bei Sachen, die sich auf dem Grund und Boden des Gemeinschuldners befinden, einem stillen Pfandrecht im Rang vorgeht. Erläutert wird, warum der Fiskus aufgrund des fiskalischen Bodenvorrechtes nur dann aus dem Ertrag der still verpfändeten Sachen auf dem Grund des Gemeinschuldners befriedigt werden darf, wenn und soweit er nicht aufgrund seines allgemeinen Vorrechtes aus der freien Konkursmasse befriedigt werden kann. Weiterhin habe ich die Ansicht vertreten, daß der Fiskus das Bodenvorrecht auch für fiskalische Masseschulden geltend machen kann, dies jedoch nur, wenn sich die still verpfändeten Sachen in dem Moment, da der Fiskus das Grundstück gepfändet hat, noch auf dem Grund und Boden des Gemeinschuldners befinden.

Bei der Abwicklung eines Konkurses nötigt das System der Erhebung von Umsatzsteuern zu teilweise komplizierten Berechnungen. Es werden eine Reihe von Formeln angeführt, die dem Konkursverwalter unnötige Rechenaufgaben erspare.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Asser-Van der Grinten II (De rechtspersoon)

Asser, C., Vertegenwoordiging en rechtspersoon, deel II, De Rechtspersoon, zevende druk bewerkt door W.C.L. van der Grinten met medewerking van J.M.M. Maeijer, Zwolle 1991

Asser-Hartkamp 4-I

Asser, C., Verbintenissenrecht, deel I, De verbintenis in het algemeen, tiende druk bewerkt door A.S. Hartkamp, Zwolle 1996

Asser-Mijnssen, Zakenrecht III (1986)

Asser, C., Zakenrecht, deel III, Zekerheidsrechten, elfde druk bewerkt door F.H.J. Mijnssen en A.A. van Velten, Zwolle 1986

Asser-Mijnssen, Zakenrecht III

Asser, C., Zakenrecht, deel III, Zekerheidsrechten, twaalfde druk bewerkt door F.H.J. Mijnssen en A.A. van Velten, Zwolle 1994

Van Buchem-Spapens

Buchem-Spapens, A.M.J. van, Faillissement en surséance van betaling, vijfde druk, Zwolle 1995

Burgerlijke Rechtsvordering

Burgerlijke Rechtsvordering, losbladige uitgave, door W.D.H. Asser e.a., Deventer z.j.

Dorhout Mees/IJdo

Dorhout Mees, T.J., Nederlands handels- en faillissementsrecht, deel V, Recht van reclame; faillissement, surséance van betaling en akkoord, achtste druk bewerkt door P. IJdo, Arnhem 1988

Faillissementsgids

Schimmelpenninck, R.J. e.a., Faillissementsgids, vierde herziene druk, Deventer 1990

Faillissementswet

Faillissementswet, losbladige uitgave, onder red. van C.E. van Zeben, bewerkt door R.J. Van Galen, E.W.J.H. de Liagre Böhl en R.W. de Ruuk, Deventer z.j.

Van der Feltz, I

Feltz, G.W. Baron van der, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Sur-séance van Betaling, deel I*, onder red. van S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht, deel 2-I, Zwolle 1994

Van der Feltz, II

Feltz, G.W. Baron van der, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Sur-séance van Betaling, deel II*, onder red. van S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht, deel 2-II, Zwolle 1994

Van Galen, WPNR 1996

Galen, R.J. van, *Drie typen schulden bij faillissement, WPNR 6225-6226 (1996)*, blz. 393-397 en blz. 413-417

Handelingen NJV 1935

Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1935, deel II, Verslag van de beraadslaging over het onderwerp 'Wat moet worden verstaan onder faillissementskosten en hoe behooren deze te worden gedragen?', 's-Gravenhage 1935

Huizink

Huizink, J.B., *Insolventie, tweede druk*, Deventer 1995

Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, wetswijzigingen

Geschiedenis van de Faillissementswet: Wetswijzigingen, onder red. van S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht, deel 2-III, Zwolle 1995

Van der Kwaak, diss.

Kwaak, D.J. van der, *Het rechtskarakter van het beslagrecht: een analyse van een procesrechtelijk begrip aan de hand van een vergelijking met rechtsfiguren uit het burgerlijk recht, in het bijzonder met de zakelijke*

zekerheidsrechten en met het faillissement, dissertatie Groningen, Deventer 1990

Leuftink

Leuftink, A.L., Surséance van betaling, Deventer 1995

De Liagre Böhl

Liagre Böhl, E.W.J.H. de, Sanering en faillissement: naar huidig en nieuw recht, met medewerking van T.J. Dantuma en E.A. Brood, Vademecum Ondernemingsrecht, Deventer 1991

Loeff

Loeff, J.A.L.M., Wat moet worden verstaan onder faillissementskosten en hoe behoren deze te worden gedragen?, preadvies NJV 1935, 's-Gravenhage 1935

Van Mierlo, oratie

Mierlo, A.I.M. van, De fiscus als schuldeiser tijdens faillissement: Over troetelkindjes en aanbevelingen voor een alternatief, rede in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar burgerlijk recht, burgerlijk procesrecht en handelsrecht aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam op donderdag 6 oktober 1994, Deventer 1994

Molengraaff/Star Busmann

Molengraaff, W.L.P.A., De Faillissementswet verklaard, vierde druk, bewerkt door C.W. Star Busmann, Zwolle 1951

Parl. Gesch. Boek 2 BW

Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 2, Rechtspersonen, Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien door C.J. van Zeben in overleg met W.G. Belinfante en O.W. van Ewijk, Deventer z.j.

Parl. Gesch. Boek 3

Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien door C.J. van Zeben en J.W. Du Pon met medewerking van M.M. Olthof, Deventer 1981

Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3,5 en 6)

Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen, Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien door W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, Deventer 1990

Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w (Inv. 3, 5 en 6)

Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Faillissementswet, Aanpassing van de overige wetten, Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien door W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, met medewerking van J.B. Rijpkema, Deventer 1992

M. Polak/N.J. Polak

Polak, M., Faillissement en surséance van betaling, zevende druk bewerkt door N.J. Polak, Groningen 1972

N.J. Polak/C.E. Polak

Polak, N.J., Faillissementsrecht, zesde druk bewerkt door C.E. Polak, Alphen aan den Rijn 1995

Praktijkboek Curatoren

Praktijkboek Curatoren, Handboek in katernen, onder red. van F.B. Falkena, C.M. van der Heijden en M.A.L.M. Willems, diverse bewerkers, Deventer z.j.

Rechtspersonen

Losbladige uitgave, door C.A. Boukema e.a., Deventer

Smits

Smits, P.H., Wat moet worden verstaan onder faillissementskosten en hoe behoren deze te worden gedragen?, preadvies NJV 1935, s'-Gravenhage 1935

Verschoof

Verschoof, R.J., Het nieuwe faillissementsrecht, Serie Praktijkhandleidingen, Zwolle 1992

Völlmar

Völlmar, H.F.A., Het Nederlandse handels- en faillissementsrecht, nieuwe gecombineerde uitgave, Haarlem 1961

Voorduin, deel IV, Parl. Gesch. BW (oud)

Voorduin, J.C., Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken, volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten Generaal; uit oorspronkelijke, grootendeels onuitgegeven staatsstukken opgemaakt en aan den koning opgedragen, met eene voorrede van H.M.A.J. van Asch van Wijck, IV. deel. Burgerlijk Wetboek. art. 877-1268, Utrecht 1838

LIJST VAN OVERIGE AANGEHAALDE LITERATUUR

- Andersen, R. Een parallel tussen HR 8 april 1983 en het hypotheekrecht, WPNR 5665 (1983), blz. 570
- Asser, C. Erfrecht, bewerkt door E.M. Meijers, tiende druk bijgewerkt door P.W. van der Ploeg met medewerking van S. Perrick, Zwolle 1988
- Asser, C. Erfrecht, twaalfde druk bewerkt door S. Perrick met medewerking van J.M.M. Laumans-Van der Wijst, Deventer 1996
- Berger, K.F.M. Onderhandse verkoop door hypotheekhouder, WPNR 5665 (1983), blz. 565-569
- Bles, A.E. Diverse bijdragen over 'Art. 182 Faillissementswet' in W. 7224 (1899), W. 7234 (1899), W. 7827 (1902) en W. 7834 (1902)
- Boddaert, A.R.Ph. Reactie op een artikel van A. van Oven, NJB 1983, blz. 665-666
- Boekraad, G.A.J. Boedelschulden: het onderscheid tussen algemene en bijzondere faillissementskosten, in: De curator, een octopus, Serie Onderneming en Recht, deel 6, Deventer 1996
- Cleveringa, R.P. Mr W. van Rossem's verklaring van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, deel II, vierde druk, Zwolle 1972
- Daal, G.C. van Vordering voor niet genoten vakantiedagen boedelschuld?, TvI 1996/6, blz. 149-153
- Duynstee, F. Art. 29 lid 2 Wet op de Omzetbelasting i.v.m. faillissement, Adv.bl. 1981, blz. 228-229

- Eggens, J. Over de vertegenwoordigings-positie van den faillissementscurator, WPNR 3684 (1940), blz. 329-332.
- Faber, N.E.D. Enige beschouwingen over het ontstaan van rechtsvorderingen, NTBR 1995, blz. 35-40
- Faber, N.E.D. Eigendom ten titel van beheer, kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen, in: Vertrouwd met de Trust, Serie Onderneming en Recht, deel 5, Deventer 1996, blz. 195-262
- Faber, N.E.D. Bodem(voor)recht versus stil pandrecht, NbBW 1997, blz. 14-18
- Fesevur, J.E. De zakelijke zekerheidsrechten naar tegenwoordig en toekomstig Nederlands recht, Alphen aan den Rijn 1979
- Frima, R.P.W. De boedelbijdrage en HR 8 april 1983, Trema 1984, blz. 99-102
- Hamm, C.F.W.A. De onrechtmatige daad van een curator en de onverschuldigde betaling aan de boedel in het licht van recente jurisprudentie, TvI 1996/4, blz. 99
- Hees, A. van Ontruimingsverplichting bij de opzegging van een huurovereenkomst door de curator van een failliete huurder boedelschuld?, NbBW 1994, blz. 38-40
- Hees, A. van Bodemzaken en fiscale (boedel)schulden, TvI 1995/3, blz. 48-52
- Hees, A. van De omslag van de algemene faillissementskosten, NbBW 1995, blz. 109-111

- Hees, A. van De negatieve faillissementsboedel, in: *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht*, deel 7, Deventer 1997, blz. 577-586
- Hees, J.J. van De omslag blijft de omslag, *NJB* 1994, blz. 620-621
- Hees, J.J. van Leasing, dissertatie Nijmegen, Deventer 1997
- Heijse, J.J. Art. 182 der Fw. en de Fiscus-Schuldeischer, *Themis* 1900, blz. 33-99
- Hesse, H. De Faillissementswet in de praktijk, R.M. 1904, blz. 440-470
- Holtius, A.C. Nederlandsche Faillitenregt volgens het derde Wetboek van Koophandel, Utrecht 1850
- Huizink, J.B. Omslag van algemene faillissementskosten, *NJB* 1994, blz. 619-620
- Huizink, J.B. Pauliana en verrekening, *TvI* 1995/1, blz. 18-19
- Ingen, M.J.W. van;
Jongbloed, A.W. De onderhandse hypothecaire executie in de praktijk, *WPNR* 6125-6126 (1994), blz. 135-139 en 155-159
- Jansen, F.M.J. Executie en beslagrecht, vierde druk, Zwolle 1990
- Jansen, M.A.J.G. Omslag van faillissementskosten, *TvI* 1995/5, blz. 109-110
- Janssen, J.F.M. Dient naar komend recht aan de openbare vennootschap rechtspersoonlijkheid te worden toegekend?, *WPNR* 5811-5812 (1987), blz. 17-22 en blz. 33-38
- Knijp, G.J. Wie betaalt verwijdering van chemisch afval bij faillissement?, *Trema* 1993, blz. 284-289

- Korthals Altes, A. Een driehoeksverhouding: rangregeling-hypothekhouders-curator, WPNR 5596 (1982), blz. 97-102 (Naschrift WPNR 5611 (1982), blz. 97-102)
- Korthals Altes, A.H. (Semi)separatisten op de tocht? Een herwaardering van de positie van pand- en hypothekhouders, resp. fiduciair eigenaar in faillissement, WPNR 5420 (1978), blz. 77-84
- Kortmann, S.C.J.J. Onverschuldigde betaling aan de curator, WPNR 6171 (1995), blz. 159-160
- Kortmann, S.C.J.J. Derden in het faillissementsrecht, in: De derde in het recht (bijzonder AA-nummer mei 1997)
- Kortmann, S.C.J.J.; Faber, N.E.D. Honderd jaar Faillissementswetgeving, TvI 1996/5
- Kortmann, S.C.J.J.; Faber, N.E.D. De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?, in: De curator, een octopus, Serie Onderneming en Recht, deel 6, Deventer 1996, blz. 139-172
- Kortmann, S.C.J.J.; Hees, J.J. van Kroniek van het faillissementsrecht, NJB 1996, blz. 1324-1328
- Kwaak, D.J. van der Banque de Suez/Mr. Bijkerk q.q.: de Hoge Raad heeft zich niet vergist en is evenmin omgegaan, in: CJHB (Brunner-bundel), Deventer 1994, blz. 233-244
- Levelt-Overmars, W.M. De positie van werknemers en bedrijfsverenigingen bij surséance van betaling en faillissement, preadvies NJV 1986, Zwolle 1986
- Liagre Böhl, E.W.J.H. de Kroniek van het faillissementsrecht, NJB 1994, blz. 21-25
- Libourel, Ph. B. Art. 182 der Faillissementswet, R.M. 1903, blz. 321-339

- Lucas, P.P.L. Boedelschulden bij voorbaat, NJB 1987, blz. 114-116
- Lutjes, E. Bescherming pensioenrechten bij faillissement, NJB 1992, blz. 896-899
- Lutjes, E. Affinancieringsverplichting is boedelschuld, Tijdschrift voor Pensioen Vraagstukken 1992, blz. 74-75
- Manen, H. van Art. 182 Faillissementswet, W. 7228 (1899)
- Meijers, E.M. Algemene leer van het burgerlijk recht, deel I, De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht, Leiden 1948
- Mierlo, A.I.M. van Verplichting tot affinanciering van backserviceverplichting is boedelschuld, NbBW 1994, blz. 20-22
- Mijnssen, F.H.J. Materieel beslagrecht, studiepocket privaatrecht nr. 42, tweede druk, Zwolle 1992.
- Molenaar, F. Bespreking van HR 8 april 1983, TVVS 1983, blz. 220-221
- Molkenboer, G.J.A.M. Faillissement en onroerend goed in de praktijk, WPNR 5631 (1982), blz. 709-713
- Molkenboer, G.J.A.M. Enkele aspecten van de invloed van belastingen op faillissementen, Adv.bl. 1985, blz. 526-530
- Oonk-Pallandt, M.C.J. Boedelschulden, faillissementskosten en afwikkeling van een negatieve boedel, V&O 1996, blz. 2-5
- Oven A. van '... alsof er geen faillissement ware', NJB 1983, blz. 340-342
- Oven, J.C. van Faillissementskosten, NJB 1935, blz. 353-361

- Parser, G. Behoeft de regeling van het beslag onder derden wijziging?, preadvies NJV 1932
- Polak, C.E. Omslag in de omslag!(?) van algemene faillissementskosten, NJB 1994, blz. 154-156
- Polak, C.E. Tekst van haar voordracht tijdens de INSOLAD-Workshop van 14 september 1994 over 'De omslag van de algemene faillissementskosten' (niet gepubliceerd)
- Rank, W.A.K. Geld, geldschuld en betaling, dissertatie Leiden, Deventer 1996
- Rank-Berenschot, E.B. Het begrip 'algemene faillissementskosten' nader afgebakend, Adv.bl. 1995, blz. 902-903
- Ribbius, H.R. De regeling der uitgaven in het faillissement, R.M. 1909, blz. 462-485
- Schilfgaarde, P. van Rechtspersonen, Algemeen deel, tweede druk, Deventer 1979
- Schoordijk, H.C.F. Als vertegenwoordiger van wie treedt de faillissementscurator op? Een niet altijd even ongevaarlijke vraagstelling!, in: Goed en Trouw (Van der Grinten-bundel), Zwolle 1984, blz. 531-542
- Schotman, A.H. Tekst van zijn voordracht tijdens de INSOLAD-Workshop van 14 september 1994 over 'De omslag van de algemene faillissementskosten' (niet gepubliceerd)
- Seerp Gratama Diverse bijdragen over 'Art. 182 Faillissementswet' in W. 7231 (1899), W. 7824 (1902) en W. 7831 (1902)

- Snijders, W. Het nieuwe art. 37 F, een belangrijke verandering, in: CJHB (Brunner-bundel), Deventer 1994, blz. 357-360
- Stein, H. Uitwinning, in: Onderneming en Nieuw Burgerlijk Recht, Serie Onderneming en Recht, deel 0, Zwolle 1991, blz. 451-470
- Star Busmann, C.W. Faillissementskosten, W. 12930 (1935), blz. 1-2
- Star Busmann, C.W. Hoofdstukken van Burgerlijke Rechtsvordering, derde druk, bewerkt en herzien door L.E.H. Rutten, met medewerking van W.H. Ariëns, Haarlem 1972
- Tekstra, A.J. Fiscale aspecten van insolventies, Den Haag 1996
- Thijssen, W.P.M. De gevolgen van faillissement voor backservice-premie, Adv.bl. 1992, blz. 347-354
- Thijssen, W.P.M. Pensioenpremie verschuldigd na ontslag is boedelschuld, Adv.bl. 1992, blz. 386-388
- Uniken Venema, C.Æ; Eisma, S.E. Eigendom ten titel van beheer, preadvies Vereniging Handelsrecht, Zwolle 1990
- Verhoeven, B.J.R.P. Een pure vergissing, TvI 1997/3, blz. 61-63.
- Verschoof, R.J. Een nieuw soort schuldeiser in faillissement(?), WPNR 5814 (1987), blz. 55-56
- Verstijlen, F.M.J. De verplichting tot het storten van pensioenpremies na faillissement, Bb 1993, blz. 234-236
- Verstijlen, F.M.J. Van boedelschuldeisers, beslag en boedelfaillissement, NTBR 1994, blz. 170-172
- Verstijlen, F.M.J. De afwikkeling van de faillissementspauliana en het beroep op verrekening, Bb. 1994, blz. 238-240

- Verstijlen, F.M.J. Van verrijking en verhaal binnen (boedel)faillissement, NTBR 1995, blz. 93-96
- Verstijlen, F.M.J. Enige beschouwingen naar aanleiding van A.L. Leuftink, Surséance van betaling, TvI 1996/2, blz. 38-43
- Verstijlen, F.M.J. Boedelschulden en de omslag van faillissementskosten, NTBR 1996, blz. 81-84
- Verstijlen, F.M.J. De faillissementscurator tegenover milieurechtelijke normen, in: De curator, een octopus, Serie Onderneming en Recht, deel 6, Deventer 1996
- Voûte, J.R. Reactie op een artikel van A. van Oven, NJB 1983, blz. 666-667
- Voûte, P.C. Over het faillissement en boedelschulden die vooraf (buiten een eventuele rangregeling om) voldaan moeten worden, NTBR 1994, blz. 233-241
- Vriesendorp, R.D. De toekomst van de Faillissementswet, TvI 1996/5, blz. 140-145
- Vriesendorp, R.D. Wetgever: de hoogste tijd voor een Insolventiewet!, TvI 1997/3, blz. 63-68.
- Vrijberghe de Coningh, A.W.J. van De publiekrechtelijke privileges, in: Rechtskundige opstellen, aangeboden aan Prof.mr. E.M. Meijers, Zwolle 1935, blz. 247-307
- Waal-Van Wessem, I. de Onderhandse verkoop door beperkt gerechtigden: een (andere) wijze van gedwongen verkoop?, WPNR 5676-5677 (1983), blz. 737-743 en 753-765
- Wierda, H.E. Reactie op een artikel van A. van Oven, NJB 1983, blz. 666

JURISPRUDENTIEREGISTER

1897

- HR 26 november 1897, W. 7047 (1897) 40

1898

- Rb. Dordrecht 19 oktober 1898, W. 7215 (1899) 133

1899

- Rb. 's-Gravenhage 1 maart 1899, W. 7252 (1899) 133
- Rb. Arnhem 23 maart 1899, W.7262 (1899) 133

1900

- Rb. Amsterdam 18 april 1900, W. 7447 (1900) 86, 104, 114

1901

- Rb. Groningen 29 november 1901, W. 7675 (1901) 133

1902

- Rb. Arnhem 5 juni 1902, W. 7780 (1902) 143

1909

- HR 31 december 1909, W. 8957 (1910) 14

1912

- Rb. 's-Gravenhage 7 november 1912, NJ 1913, blz. 166 104

1916

- Rb. Dordrecht 7 juni 1916, NJ 1916, blz. 1178 133

1923

- HR 5 januari 1923, NJ 1923, blz. 359 14
- HR 26 april 1923, NJ 1923, blz. 833 44, 181
- Rb. Dordrecht 11 juli 1923, NJ 1924, blz. 479 101

1926

- HR 18 juni 1926, NJ 1926, blz. 1074 118, 244

1929

- HR 8 maart 1929, B. 4500 234

1930

- HR 17 maart 1930, NJ 1930, blz. 468 36, 44
- HR 28 november 1930, NJ 1931, blz. 253 14, 216, 250

1931

- Rb. Rotterdam 16 januari 1931, NJ 1932, blz. 757 133
- Kantongerecht Rotterdam 19 mei 1931, NJ 1932, blz. 70 80
- HR 22 mei 1931, NJ 1931, blz. 1429 213

1933

- HR 29 december 1933, NJ 1934, blz. 343 15

1934

- Rb. Rotterdam 19 januari 1934, NJ 1935, blz. 465 86

1937

- HR 27 augustus 1937, NJ 1938, 9 149

1941

- HR 10 april 1941, NJ 1942, 22 170

1950

- Hof Amsterdam 29 juni 1950, NJ 1951, 28 8

1951

- HR 21 december 1951, NJ 1952, 563 37, 90, 94, 96, 106, 116, 190

1953

- HR 30 januari 1953, NJ 1953, 578 122, 214
- HR 10 april 1953, NJ 1953, 587 26

1954

- Rb. Utrecht 12 februari 1954, NJ 1954, 733 184

1957

- HR 28 juni 1957, NJ 1957, 514 247

1964

- HR 10 april 1964, NJ 1965, 32 26

1966

- Rb. 's-Gravenhage 3 oktober 1966, NJ 1967, 429 91, 193

1968

- HR 16 februari 1968, NJ 1968, 253 85, 100

1971

- Hof Amsterdam 25 mei 1971, NJ 1972, 245 91, 193

1975

- HR 7 maart 1975, NJ 1976, 91 138, 170, 173

1978

- HR 1 september 1978, NJ 1980, 345 148, 149, 151

1980

- HR 11 januari 1980, NJ 1980, 563 25, 226
- HR 23 mei 1980, NJ 1980, 502 68, 69
- HR 24 oktober 1980, NJ 1981, 265 15

1981

- HR 20 maart 1981, NJ 1981, 640 151, 207-208
- Rb. Amsterdam 24 juni 1981, NJ 1984, 83 81

1982

- HR 26 maart 1982, NJ 1982, 615 16
- HR 11 juni 1982, NJ 1983, 11 49
- Rb. Arnhem 18 juni 1982, NJ 1983, 249 183, 184, 224, 228

1983

- HR 8 april 1983, NJ 1984, 434 151, 154, 158, 159
- HR 6 mei 1983, NJ 1984, 228 98, 106, 183

1984

- HR 3 februari 1984, NJ 1984, 752 224, 240
- HR 14 december 1984, NJ 1985, 288 52, 225-226

1985

- Rb. Arnhem 4 april 1985, NJ 1985, 656 72
- HR 28 juni 1985, NJ 1985, 887 148, 150, 153
- Ktg. Tilburg 12 september 1985, NJ 1986, 272 223, 226
- HR 11 oktober 1985, NJ 1986, 68 184, 215, 220
- Rb. Rotterdam 11 oktober 1985, NJ 1987, 186 239

1986

- Pres. Rb. Assen 9 september 1986, KG 1986, 443 153
- HR 5 december 1986, NJ 1987, 745 219

1987

- HR 30 januari 1987, NJ 1987, 530 16, 63
- HR 13 maart 1987, NJ 1988, 556 150
- HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 208, 214, 247
- HR 18 december 1987, NJ 1988, 340 13, 122, 251

1988

- Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 1988, NJ 1990, 69 68
- Pres. Rb. Amsterdam 24 maart 1988, KG 1988, 165 312
- HR 25 maart 1988, NJ 1988, 200 17
- HR 13 mei 1988, NJ 1988, 748 99, 175-176
- HR 27 mei 1988, NJ 1988, 964 49
- HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 449 122, 214

1989

- HR 12 mei 1989, NJ 1989, 613 151, 209-210
- HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286 223

1990

- HR 5 januari 1990, NJ 1990, 325 17
- HR 12 januari 1990, NJ 1990, 662 58, 66-69, 270, 285
- HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 32, 70-73, 86, 183, 184, 202,
224, 270, 275, 285, 290

1991

- HR 25 januari 1991, NJ 1992, 172 16
- HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 214
- HR 18 oktober 1991, NJ 1992, 298 234

- HR 8 november 1991, NJ 1992, 31 248

1992

- HR 10 januari 1992, NJ 1992, 744 16

1993

- Hof 's-Gravenhage 29 januari 1993, NJ 1995, 283 220
- Rb. 's-Gravenhage 16 juni 1993, NJ 1995, 205 157, 167-168
- HR 5 november 1993, NJ 1994, 258 125, 138-140, 170, 173
- HR 12 november 1993, NJ 1994, 229 54, 73-81, 106, 183, 270, 285
- HR 3 december 1993, NJ 1994, 176 150, 152-153

1994

- Pres. Rb. Breda 4 maart 1994, KG 1994, 119 184, 216, 220
- HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766 223
- HR 24 juni 1994, NJ 1995, 368 151, 210-211
- HR 30 september 1994, NJ 1995, 626 45
- Hof Amsterdam 6 oktober 1994, Rolnr. 564/94,
TvI 1995/6-Nieuwsbrief, blz. 46 224, 227
- R-C Rb. Roermond 22 november 1994,
zaaknr. 5912/HARK 94-85 250
- HR 23 december 1994, NJ 1995, 747 24

1995

- HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 139, 147
- HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 99
- HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 214
- Rb. Almelo 26 april 1995, V-N 1995, blz. 1837-1841 121
- HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 16, 235
- HR 30 juni 1995, NJ 1996, 554 88, 97, 105, 111-115,
201-202, 203, 272, 287
- HR 13 oktober 1995, NJ 1996, 140 223

1996

- Rb. Breda 19 maart 1996, JOR 1996/38;
NJ kort 1996, 34 92, 184, 195, 222, 224
- Rb. Amsterdam 17 april 1997, JOR 1996/101 184
- HR 19 april 1996, NJ 1996, 727; JOR 1996/48 88, 99, 222
- HR 26 april 1996, NJ 1996, 609; JOR 1996/59 10

- Rb. Rotterdam 30 mei 1996, JOR 1996/89 97, 224
- Voorzitter Afdeling Bestuursrechtspraak 25 oktober 1996,
JOR 1997/41 80
- Rb. Arnhem 7 november 1996, JOR 1997/10 249, 250

1997

- Rb. Maastricht 20 februari 1997, JOR 1997/42 68, 76
- Hof Arnhem 8 april 1997, JOR 1997/61 208
- Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 10 april 1997 JOR 1997/57 184, 224, 227

WETSARTIKELARENREGISTER

Algemene wet inzake de douane en de accijnzen

58 138

Burgerlijk Wetboek

2:3	39
2:19 lid 1 onder c	12
2:138 lid 1	128
2:248 lid 1	128
3:38 lid 2	166
3:45 lid 4	18
3:53	20
3:53 lid 1	50
3:81 lid 2 onder a	146
3:84 lid 3	15, 235, 236
3:84 lid 4	166
3:90 lid 2	18
3:92	166, 218
3:94	15
3:97	15
3:120	168
3:189 lid 2	40
3:192	40
3:193	40
3:237 lid 3	249, 253
3:239 lid 1	16
3:239 lid 3	146
3:246 lid 1	146
3:248	145, 164
3:250	159
3:250 lid 1	147
3:251	155
3:251 lid 1	146
3:251 lid 2	147, 158, 159
3:253 lid 1	146, 240

3:264 lid 3	290
3:264 lid 7	24, 162, 163, 274, 290
3:268	111, 145, 152, 164
3:268 lid 1	147, 152
3:268 lid 2	147, 148
3:270 lid 1	146
3:270 lid 2	146
3:276	5, 41, 234
3:277	26, 32, 34, 91
3:277 lid 1	5, 6, 31, 32, 34, 35, 36, 48, 89, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 103, 130, 131, 132, 156, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 192, 193, 195, 197, 198, 201, 206, 227, 229, 246, 265, 267, 268, 272, 281, 287
3:277 lid 2	206
3:277 e.v.	131, 132, 142
3:278 lid 1	206
3:279	168, 237
3:280	92
3:282	24, 161, 163, 164, 165, 274, 289
3:284	136, 168, 177, 233
3:284 lid 2	168
3:284 lid 3	178
3:285	134, 136, 168, 232
3:285 lid 2	168, 169
3:287	123, 169, 233
3:288	91
3:288 onder a	31, 32, 91, 137, 233
3:288 onder e	60, 62, 67, 69, 137, 198, 231, 232, 242, 243, 244
3:291	169
3:292	160, 169
4:1087	90
4:1107	32
4:1153-1157	32
4:1153	40
4:1154	40
5:2	219
5:16 lid 2	219
6:10	21
6:21	143

6:22	76
6:26	76
6:87	20, 66
6:127	143, 259
6:127 lid 3	259
6:127 e.v.	259
6:150 onder d	101
6:160	143
6:161	143
6:162	52, 205
6:203	52, 205, 225
6:212	168, 203, 204, 205
6:265 e.v.	66
6:271	20
7:39	166, 206
7:627 (7A:1638b (oud))	63
7:641 (7A:1638ii (oud))	80, 81
7:662 e.v. (7A:1639aa e.v. (oud))	56
7:672 lid 2 (7A:1639j lid 2 (oud))	61
7:681 (7A:1639s (oud))	67, 69
7A:1576h	166
7A:1683 onder 4	43

Burgerlijk Wetboek (oud)

1184	92
1185 onder 1	31, 34, 35, 91, 92, 96, 132, 188, 272, 287
1195 onder 1	31, 34, 35, 37, 38, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 105, 116, 132, 188, 190, 191, 192, 193, 201, 272, 282, 287
1195 onder 6	67
1223	152
1223 lid 2	176

Coördinatiewet sociale verzekering

16	62, 198, 231, 242, 245, 270, 284
----	----------------------------------

Douanewet

32a 138, 169, 177

Faillissementswet

14 lid 3 29, 192
 16 94, 181, 184, 191
 16 lid 2 113, 194
 16 lid 4 232
 20 7, 22, 32, 47, 99, 226, 227, 251
 21 7, 8, 47, 99, 205, 227, 269, 283
 23 13, 14, 16, 51, 149
 24 10, 14, 15, 29, 50, 51, 85, 225, 231
 25 39, 45
 25-30 9, 36
 26 7, 36, 39
 28 10, 64
 28 lid 3 10, 113
 28 lid 4 10
 33 6, 14, 36, 99, 236, 250
 33 lid 2 175, 176
 35 13
 35a 13
 35b 13
 37 59, 65, 85, 209, 270, 284
 37 lid 1 65
 37 lid 2 219
 37a 10, 20, 22, 30, 52, 59, 266, 270, 280, 284
 38 14
 39 14, 58, 64, 113, 115, 116, 117, 197
 39 lid 1 10, 53, 57, 58, 106, 113, 183, 200, 231, 269, 270, 284
 40 58, 60, 61, 63, 64, 68, 79, 81, 113, 115, 116, 117, 197
 40 lid 4 10, 53, 57, 58, 60, 67, 106, 113, 183, 200, 269, 284
 47 214, 215
 51 lid 1 45
 51 lid 3 10, 50
 53 143, 206, 259
 53 lid 1 19, 50, 259
 54 143

54 lid 1	122, 214
57	149, 151, 162, 164, 170, 176
57 lid 1	111, 145, 146, 147, 149, 152, 153, 159, 242, 274, 289
57 lid 2	162, 163, 164, 165, 274, 289, 290
57 lid 3	42, 120, 121, 123, 140, 168-179, 238, 239, 240, 242, 244, 246, 250, 274, 275, 290
58 lid 1	101, 112, 146, 152, 153, 163, 164, 165, 167, 173, 242
58 lid 2	85, 100, 145, 150, 153, 274, 289
60	159, 170
60 lid 1	124
60 lid 2	85, 124, 161
60 lid 3	145, 160, 162, 172
63a	145
67 lid 1	151
67 lid 2	151
68	149
69	36, 151
71	8, 10
72	151
100	8, 100, 191
101	149, 151
108	24
128	10, 29, 53
128-131	14, 15
129	77
136	15
136 lid 2	10, 19, 22, 30, 52, 266, 280
163 lid 1	113
167	151
173	12, 149
176	149, 158
177	231
180	114
182	3, 37, 38, 83, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 104, 106, 108, 111, 112 113, 114, 115, 116, 119, 121, 124, 125, 130, 132, 133, 135, 139, 141, 142, 144, 146, 149, 151, 158, 159, 160, 162, 163, 164, 172, 174, 175, 177, 189, 193, 242, 244, 273, 274, 286, 287, 288, 290
182 lid 1	89, 140, 162, 163, 170, 174, 175
184	36, 112

188 lid 1	163, 274, 290
195	143
228	51
230 (oud)	51
232	211
233	211
238 lid 2	113
239 lid 3	68, 113
249 lid 1 onder 3	49, 113, 254
250	185, 194
260	211

Invoeringswet Douanewet

LIV	138
-----	-----

Invorderingswet 1990

1	241
19 lid 2	7
21	62, 198, 231, 270, 284
21 lid 1	120, 169, 241, 243, 244, 255
21 lid 2	120, 169, 223, 243, 244, 248, 250, 252, 255, 293
22 lid 2	237, 241
22 lid 3	120, 169, 223, 237, 241, 243, 244, 255, 293
70	237

Leidraad Invordering 1990

19, paragraaf 2, onder 3	7
21, paragraaf 1, onder 7a	247
22, paragraaf 1, onder 2	248
22, paragraaf 3, onder 1	234
22, paragraaf 5, onder 2	235

Pensioen- en spaarfondsenwet

2	73
8	74

Regelen verzekeringsovereenkomsten Pensioen- en spaarfondsenwet

9	76
9 lid 4	75

Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968

13	72
----	----

Werkloosheidswet

42a t/m 42g (oud)	60
61 t/m 68	60
61	60
64	60
66	60, 106, 231, 242, 243, 244

Wet op de inkomstenbelasting

61B (oud)	70
-----------	----

Wet op de omzetbelasting 1968

7	254
11 lid 1 onderdeel a onder 2	73
13	253, 258
14	253
15	253, 259
29 lid 1	253, 257
29 lid 2	239, 254, 255, 256, 257, 258
35	253

Wet op de Rechterlijke Organisatie

99 lid 1 onder 2	248
------------------	-----

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

56 lid 1	97
56 lid 5	97

435 lid 1	5, 26
440	97
440 lid 2	97
443	97
444	97
444a	97
445	40, 97, 240
446	97
449	97
453a	18, 23
456	233
457	23, 26
457 lid 1	24
464-466	97
469	97
474	96
474e	23
475	19
475h	23
477 lid 2	96
477a e.v.	26
478	23, 24, 26
480	240
480 lid 1	96
480 lid 2	96
480 e.v.	24, 26
483d	240
485 lid 1	96
490b	240
490b lid 1	240
490b lid 2	240
504	97
505	18, 23, 97
505 lid 1	29, 97
505 lid 2	175
505 lid 4 (oud)	175, 176
508	97
513	23, 26
514	97

516	97
519	97
544 lid 3	152
551 e.v.	24, 26, 96
566	23
567	23
584e	23
754 (oud)	25, 26

Wetboek van Koophandel

863 (oud)	37, 96
863 lid 1 (oud)	37, 95

Wetsvoorstel 22 942

(bevoorrechting van vorderingen en bijzonder verhaalsrecht)

3:280 onder 5 (o)BW	238
3:284 (o)BW	238
3:286 (o)BW	238
3:287 (o)BW	238, 248

Wetsvoorstel 22 969

(schuldsanering natuurlijke personen)

299 (o)Fw	21, 22, 30, 52, 266, 280
-----------	--------------------------

CURRICULUM VITAE

G.A.J. (Gertjan) Boekraad is op 18 december 1969 te Linschoten geboren. In 1988 behaalde hij het VWO-diploma aan het St. Bonifatiuscollege te Utrecht. In 1992 studeerde hij af aan de Economisch-Juridische studierichting van de Hogeschool voor Economie en Management te Utrecht. Aansluitend studeerde hij Nederlands Recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, waar hij op 14 juni 1995 cum laude slaagde voor het doctoraal examen.

Van september 1995 tot en met november 1996 was hij als wetenschappelijk medewerker verbonden aan de vaksectie Burgerlijk Recht van de Nijmeegse Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Sinds 1 december 1996 is hij als advocaat werkzaam bij Stibbe Simont Monahan Duhot te Amsterdam.

STELLINGEN

1. Na de faillietverklaring ontstane loon- en huurverplichtingen, waartegenover de curator geen prestaties meer verwacht van de werknemer en de verhuurder, zouden niet als boedelschulden moeten worden aangemerkt, maar als (al dan niet preferente) faillissementsschulden. De artikelen 40 lid 4 en 39 lid 1 Fw moeten dienovereenkomstig worden herzien of geschrapt.
2. Anders dan de Hoge Raad heeft geoordeeld in de arresten De Ranitz q.q./Ontvanger en Frima q.q./Blankers, is een schuld die als bijkomend gevolg ontstaat tengevolge van een handeling van de curator, terwijl dat bijkomende gevolg in overwegende mate zijn grondslag vindt in rechtsfeiten die zich vóór de faillietverklaring hebben voorgedaan, geen boedelschuld maar een faillissementsschuld.
3. Tot de bijzondere faillissementskosten mogen slechts worden gerekend de in het faillissement gemaakte kosten die ook bij een individuele executie buiten faillissement als executiekosten in de zin van artikel 3:277 lid 1 BW zouden worden aangemerkt.
4. Zelfs wanneer een bejaarde dame, moeizaam rondkomend van een AOW-pensioen, per ongeluk en onverschuldigd haar huur van f 400,-- heeft overgemaakt op de rekening van een gefailleerde, mag de curator dit bedrag niet onverwijld terugbetalen wanneer de boedel negatief is.
5. Rechthebbende van de vordering op de bank uit hoofde van een kwaliteitsrekening is niet de economisch belanghebbende, maar degene op wiens naam de rekening staat. Deze vordering vormt evenwel een van het overige vermogen van de rekeninghouder afgescheiden vermogensbestanddeel.

6. De instelling van een commissie uit de schuldeisers geschiedt in de huidige faillissementspraktijk slechts bij uitzondering. Het verdient aanbeveling deze praktijk te wijzigen en de instelling van een commissie uit de schuldeisers slechts achterwege te laten indien daarvoor duidelijke gronden aanwezig zijn. Het laatste zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer het faillissement, gezien zijn eenvoud, niet met een dergelijke instelling is gebaat.
7. De bezwaren tegen het bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel 22 969 inzake schuldsanering natuurlijke personen zijn dusdanig structureel van aard, dat zij niet - zoals de Regering beoogt - in de vorm van een novelle kunnen worden weggenomen.
8. In recente bestuursrechtelijke jurisprudentie (ABRS 29 november 1996, AB 1997, 66; ABRS 6 mei 1997, JB 1997, 118 en CvBB 19 februari 1997, AB 1997, 144) is het zuiver schadebesluit aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb. Dit heeft tot gevolg dat de burger zich voortaan tot de bestuursrechter moet wenden voor een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatig overheidshandelen. Deze ontwikkeling is ongelukkig.
9. Promovendi die menen dat zij in enkele maanden een proefschrift kunnen schrijven, moeten tegen zichzelf in bescherming worden genomen.

Stellingen behorende bij het proefschrift van G.A.J. Boekraad,
Afwikkeling van de faillissementsboedel,
Katholieke Universiteit Nijmegen,
5 september 1997



EEN SAMENWERKINGSVERBAND
VAN DE FACULTEIT
DER RECHTSGELEERDHEID VAN DE KUN
EN ABN AMRO BANK NV,
DE BRAUW BLACKSTONE WESTBROEK,
CLIFFORD CHANCE,
LOEFF CLAEYS VERBEKE,
NAUTA DUTILH,
PELS RIJCKEN & DROOGLEEVER FORTUIJN,
SHELL INTERNATIONALE
PETROLEUM MAATSCHAPPIJ BV
EN STIBBE SIMONT MONAHAN DUHOT